SCHRIFTENREIHE
ZUM GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ

des Instituts
für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Markenrecht
der Universität München

BAND 14

WIRTSCHAFTLICHE TÄTIGKEIT DER ÖFFENTLICHEN HAND UND UNLAUTERER WETTBEWERB

Von

DR. HELMUT SCHRICKER

CARL HEYMANNS VERLAG KG

1964 # 87

WIRTSCHAFTLICHE TÄTIGKEIT DER ÖFFENTLICHEN HAND UND UNLAUTERER WETTBEWERB

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen-Nürnberg

vorgelegt von

HELMUT SCHRICKER
aus Nürnberg

Approbiert am 1. Februar 1963

Referent: Prof. Dr. H. Hubmann

Dekan: Prof. Dr. J. Herrmann

Lebenslauf

Ich bin am 11. Februar 1934 in Nürnberg als Sohn des nunmehrigen städtischen Direktors a. D. *Ludwig Schricker* und seiner Ehefrau Maria, geb. *Bodenschatz*, geboren.

Im Anschluß an den Besuch der Volksschule trat ich in die Oberrealschule an der Löbleinstraße in Nürnberg ein und legte dort 1953 das Abitur ab. Nach einer praktischen Tätigkeit begann ich im Sommersemester 1955 mit dem Studium der Rechtswissenschaft an der Ludwig-Maximilians-Universität München, das ich an der Freien Universität Berlin und der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen fortsetzte und am 23. 1. 1959 mit der 1. juristischen Staatsprüfung abschloß. Vom 1. 3. 1959 an leistete ich den Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar beim Freistaat Bayern ab. Ich bestand am 6. 2. 1963 die mündliche Doktorprüfung und am 8. 5. 1963 die 2. juristische Staatsprüfung.

Zur Zeit bin ich als Regierungsassessor im Dienst des Freistaats Bayern tätig.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41536505_0097

SCHRIFTENREIHE ZUM GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ
BAND 14

SCHRIFTENREIHE
ZUM GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ

des Instituts
für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Markenrecht
der Universität München

BEGRÜNDET VON EDUARD REIMER

Herausgegeben von
EUGEN ULMER
Vorstand des Instituts

CARL HEYMANNS VERLAG KG
München · Köln · Berlin

SCHRIFTENREIHE
ZUM GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ

BAND 14

WIRTSCHAFTLICHE TÄTIGKEIT DER ÖFFENTLICHEN HAND UND UNLAUTERER WETTBEWERB

Von

DR. HELMUT SCHRICKER

München

1964

CARL HEYMANNS VERLAG KG

München · Köln · Berlin

Verlagsarchiv 16 281
Gedruckt bei Max Schmidt & Söhne, München 5
Printed in Germany

VORWORT

Noch zu keinem Zeitpunkt waren Umfang und Bedeutung der öffentlichen Wirtschaft so groß wie gegenwärtig. Der Bestand öffentlicher Erwerbsunternehmen wurde zwar durch die Privatisierungen des Bundes vermindert; auf der anderen Seite wird aber die öffentliche Verwaltung mehr und mehr zur Trägerin wirtschaftlicher Leistungen, die in Verfolgung öffentlicher Interessen erbracht werden.

Es wird in erster Linie Aufgabe der Wirtschaftspolitik sein, die der öffentlichen und der privaten Wirtschaft zukommenden Bereiche abzugrenzen. Die vorliegende Arbeit widmet sich den rechtlichen Problemen, die der Wettbewerb der öffentlichen mit der privaten Wirtschaft mit sich bringt, und beschränkt sich dabei bewußt auf die Darstellung des geltenden Rechts.

Im ersten Teil der Arbeit wird erörtert, ob und inwieweit das Verfassungs- und Verwaltungsrecht der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand Schranken setzt. Das Schwergewicht der Untersuchung liegt jedoch auf dem zweiten Teil, der dem unlauteren Wettbewerb der öffentlichen Hand gewidmet ist. Die gegenseitige Durchdringung von öffentlichem und privatem Recht, die die neuere Entwicklung kennzeichnet, und das Nebeneinander gewinnorientierter und von öffentlichen Zwecken getragener Wirtschaftstätigkeit wirft mannigfaltige Zweifelsfragen auf, welche die Beschäftigung mit dem Thema anziehend und für die praktische Rechtsanwendung bedeutsam erscheinen lassen.

Mein Dank gilt Herrn Professor Dr. *Hubmann*, der die Untersuchung angeregt und betreut hat. Zugleich danke ich Herrn Professor Dr. *Ulmer*, der es mir ermöglichte, meine Arbeit in dieser Schriftenreihe zu veröffentlichen.

München, im März 1964

Helmut Schricker

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis 11
Literaturverzeichnis 15

ERSTER TEIL

Die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und der Wettbewerb mit der Privatwirtschaft 27

1. Abschnitt: Allgemeine Grundlagen 29

I. Die Grundformen der wirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand: Erwerbswirtschaftliche Betätigung und öffentliche Leistungstätigkeit 29

II. Das Verhältnis von eigenwirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand und öffentlicher Verwaltung 36

III. Die eigenwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Wettbewerb mit der Privatwirtschaft 45

1. Das Auftreten von Wettbewerb 45

2. Die Sonderstellung der öffentlichen Hand im Wettbewerb . . . 47

IV. Hoheitliche und bürgerlich-rechtliche Gestaltungsformen bei der eigenwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand 51

1. Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht bei der öffentlichen Wirtschaft 51

2. Hoheitsmaßnahmen kraft Sachzusammenhangs 59

3. Doppelnatur der Rechtshandlungen juristischer Personen des öffentlichen Rechts? 63

V. Die Organisationsformen der eigenwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand 67

1. Übersicht 67

2. Hilfsgesellschaften 69

3. Rechtsformenmißbrauch 70

2. Abschnitt: Die Beschränkungen der eigenwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand 72

I. Übersicht über das Recht der eigenwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand 72

II. Die Zulassung eigenwirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand nach den Verfassungen 73

1. Rechtslage nach dem Grundgesetz 73

2. Rechtslage nach den Länderverfassungen 83

III. Verwaltungsrechtliche Beschränkungen der eigenwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand 85

1. Funktionsgrenzen juristischer Personen des öffentlichen Rechts . 85

2. Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden und Gemeindeverbände 88

3. Sonstige Beschränkungen 95

IV. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und öffentliche Hand . . 96

V. Bürgerlich-rechtliche Beschränkungen des Umfangs der eigenwirtschaftlichen Betätigung? 99

ZWEITER TEIL

Das Recht des unlauteren Wettbewerbs 101

1. Abschnitt: Wettbewerbsverstöße der öffentlichen Hand im allgemeinen 102

I. Bürgerlich-rechtliche Wirtschaftstätigkeit als Wettbewerbstatbestand . 102

1. Die Anwendbarkeit des UWG als Teil des Privatrechts auf die erwerbswirtschaftlich-fiskalische Betätigung der öffentlichen Hand und die öffentliche Verwaltung mit fiskalischen Mitteln 102

2. Das Vorliegen der Merkmale „im geschäftlichen Verkehr“ und „zu Zwecken des Wettbewerbs 103

a) Geschäftlicher Verkehr 103

b) Zu Zwecken des Wettbewerbs 106

aa) Objektive Förderung des Absatzes 107

bb) Wettbewerbsabsicht 107

cc) Insbesondere: Eingreifen der öffentlichen Hand in fremden Wettbewerb 111

II. Hoheitliche Wirtschaftstätigkeit als Wettbewerbstatbestand 113

1. Privatrechtliche Lösungsversuche 115
a) Die ältere Rechtsprechung des RG 115
b) Die neuere Rechtsprechung 117
c) Die Rechtsprechung zum Willkürproblem 120
d) Zusammenfassung 125

2. Öffentlichrechtlicher Lösungsversuch 125
a) Die Geltung des Grundgedankens von § 1 UWG im öffentlichen Recht 125
b) Geschäftlicher Verkehr und Wettbewerbszweck bei hoheitlicher Betätigung 129

III. Der Maßstab der guten Sitten für den Wettbewerb der öffentlichen Hand 132

1. Allgemeines 132

2. Der öffentlichen Hand eigentümliche Wettbewerbsverstöße . . . 136
a) Verbot des Mißbrauchs hoheitlicher Machtstellungen 136
b) Abgrenzungsfragen 138
c) Mehrere Beteiligte 139
d) Überblick über die Einzeltatbestände 140

3. Allgemeine Wettbewerbsverstöße der öffentlichen Hand 142
a) Grundsätzlich keine Bevorzugung der öffentlichen Hand . . 142
b) Strengere Anforderungen im Wettbewerb? 143
aa) Ist in Grenzfällen zuungunsten öffentlicher Unternehmen zu entscheiden? 144
bb) Schädigung privater Unternehmen durch die öffentliche Wirtschaft 147
cc) Beschränkungen der Vertragsfreiheit im Wettbewerb? . . 152

IV. Die Rechtfertigung von Wettbewerbsverstößen im Hinblick auf die Verfolgung öffentlicher Interessen 154

1. Rechtslage bei bürgerlich-rechtlichen Wettbewerbsmaßnahmen . . 157

2. Die Rechtswidrigkeit hoheitlicher Wettbewerbshandlungen der öffentlichen Leistungsträger 165

2. Abschnitt: Einzeltatbestände des unlauteren Wettbewerbs der öffentlichen Hand

I. Mißbrauch amtlicher Autorität 168

1. Mißbrauch hoheitlicher Anordnungsbefugnisse 169

2. Inaussichtstellen sachfremder Vor- und Nachteile 171

3. Mißbrauch von Vertrauensstellungen 172
4. Gebrauch amtlicher Symbole, Titel und Bezeichnungen 178
5. Unsachliche Werbung 179
II. Behinderungswettbewerb durch die öffentliche Hand 180
III. Die Ausnutzung amtlicher Beziehungen zum Wettbewerb 181
IV. Ausnutzung amtlicher Kenntnisse und Geheimnisse 186
V. Unlautere Preisunterbietung und ähnliche Tatbestände 188
VI. Einsatz öffentlicher Mittel und Einrichtungen der Verwaltung als Wettbewerbstatbestand? 195
VII. Der Monopolmißbrauch der öffentlichen Hand 202
1. Anbietermonopol 202
2. Nachfragemonopol 210

3. Abschnitt: Die Rechtsfolgen von Wettbewerbsverstößen öffentlicher Leistungsträger 213
I. Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch 213
1. Die Zulässigkeit des Rechtswegs 213
a) Der Rechtsweg gegen bürgerlich-rechtliche Maßnahmen der öffentlichen Hand 214
b) Die Zulässigkeit des Rechtswegs gegen hoheitliche Wettbewerbsmaßnahmen 216
2. Die Anspruchsgrundlage für Unterlassungsansprüche 220
a) gegenüber bürgerlich-rechtlichen Wettbewerbshandlungen . . 220
b) gegenüber hoheitlichen Wettbewerbshandlungen 222
II. Entschädigungsansprüche 226
1. Schadensersatzansprüche 226
a) Rechtsverletzungen im bürgerlichen Geschäftskreis 226
b) Rechtsverletzungen auf hoheitlichem Gebiet 227
2. Entschädigungsansprüche im engeren Sinne 228
a) gegen die öffentliche Hand als Hoheitsträger 228
aa) wegen rechtmäßiger Eingriffe 228
bb) wegen nichtrechtmäßiger Eingriffe 230
b) Entschädigungsansprüche wegen Maßnahmen von Leistungsträgern im bürgerlich-rechtlichen Geschäftsbereich 231

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
Allg. T.	Allgemeiner Teil
ALR	Allgemeines Landrecht
Anm.	Anmerkung
AOK	Allgemeine Ortskrankenkasse
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
A.c.P.	Archiv für die civilistische Praxis
Bad.-Württ.	Baden-Württemberg (isch)
Bay.	Bayerisch
Bay. Bgm.	Bayer. Bürgermeister
Bay. VBl.	Bayer. Verwaltungsblätter
BB	Betriebsberater
BBG	Bundesbeamtengesetz
BezO	Bezirksordnung
BFStrG	Bundesfernstraßengesetz
BG	Beamtengesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-RGR	Das Bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar. Hrsg. v. Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern.
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BSHS	Bundessozialhilfegesetz
BV	Bayerische Verfassung
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVG	Bundesverfassungsgericht

BVGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
DGO	Deutsche Gemeindeordnung
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DV	Deutsche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EG	Einführungsgesetz
EnergG	Energiewirtschaftsgesetz
G	Gesetz
GA	Gutachterausschuß für Wettbewerbsfragen
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GO	Gemeindeordnung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GSZ	Großer Senat in Zivilsachen
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HandwO	Handwerksordnung
Hess.	Hessen, Hessisch
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	Herrschende Lehre
h.M.	Herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
i.V.m.	in Verbindung mit
Jb.	Jahrbuch
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KartRdsch.	Kartellrundschau
KG	Kammergericht
KStG	Körperschaftssteuergesetz
KStDV	Körperschaftssteuer-Durchführungsverordnung

LG	Landgericht
LKrO	Landkreisordnung
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MRVO	Militärregierungsverordnung
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	Nordrhein-Westfalen
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PostVerwG	Postverwaltungsgesetz
pr.	preußisch
Recht	Zeitschrift »Das Recht«
Reger	Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden aus dem Rechtsgebiete der inneren Verwaltung, herausgegeben von A. Reger.
RFV	Reichsfürsorgepflichtverordnung
RG	Reichsgericht
RGSt.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RHO	Reichshaushaltordnung
Rspr.	Rechtssprechung
rwiss.	rechtswissenschaftlich
S.	Seite
Seuff.Arch.	Seufferts Archiv
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
Sp.	Spalte
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
StrWG	Straßen- und Wegegesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
UW	Unlauterer Wettbewerb
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VersG	Versicherungsgesetz
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
Verw.Rspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VG	Verwaltungsgericht

VGG	Verwaltungsgerichtsgesetz
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VGH n. F.	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes, neue Folge
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
VVDSt.	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
Warn.	Warneyers Rechtssprechung des Reichsgerichts
Wettb.	Der Wettbewerb
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WZG	Warenzeichengesetz
Z.f.ges.St.	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für Handelsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

LITERATURVERZEICHNIS

Ascher, Bernhard	Öffentliches Recht in privater Form, JR 1929, 89
Ascher, Bernhard	Faktisches Monopol und öffentliches Recht, LZ 1929 Sp. 1433
Bachof, Otto	Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz, SJZ 1949 Sp. 377
Bachof, Otto	Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tüb. 1951
Bachof, Otto	Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts, AöR 83 (1958) S. 208
Ballerstedt, Kurt	Zur Frage der Rechtsform gemeindlicher Wirtschaftsunternehmen, DÖV 1951, 449
Ballerstedt, Kurt	Grundprobleme des Rechts der Konzessionsabgaben, BB 1958, 125
Baumbach — Hefermehl	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl. München und Berlin 1960
Baur	Neuere Diskussionen über das Verhältnis von Justiz und Verwaltung, DRZ 1949, 395
Becker, Erich	Verwaltung und Verwaltungsrechtssprechung VVDSt 14 (1956), 96
Becker, Erich	Funktionenhaushalt und Verwaltungsaufgabe, Kommunal-Kassenzeitschrift 1957, 106
Becker, E.	Die Leistungsaufgaben der öffentlichen Verwaltung
Bender, Bernd	Der Rechtsweg bei Klagen gegen Auftragssperren der öffentlichen Hand — BGHZ 14, 222 und BVerwGE 5, 325, JuS 1962, 178
Bernstein, Otto	Wettbewerbsverstöße öffentlicher Behörden, JW 1927, 1071
Bernstein, Otto	Amtsmißbrauch zu Wettbewerbszwecken, Bank-Archiv 27, 71
Bettermann, Karl August	Anm. zu LG Koblenz vom 9. 12. 1947, MDR 1948, 80
Bettermann, K. A.	Naturalrestitution und Amtspflichtverletzung, DVBl. 1949, 348
Bettermann, K. A.	Verwaltungsgerichtliche Generalklausel, ordentlicher Rechtsweg und nichtiger Verwaltungsakt, MDR 1949, 394

Bettermann, K. A. Anm. zu OLG Köln vom 19. 11. 1951, DVBl. 1952, 312

Bettermann, K. A. Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch, DÖV 1955, 528

Bettermann, K. A. Anm. zu BVerwG vom 7. 11. 1957, DVBl. 1958, 867

Birkhahn, Raimund Rechtsweg bei Klagen gegen Rundfunk und Fernsehen auf Unterlassung und Widerruf, MDR 1963, 636

Bischoff, Friedr. Neue rechtstechnische Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung, AöR n. F. 42, 54

Blaum, Kurt Öffentliche Verwaltung und wirtschaftliche Unternehmen, DVBl. 1958, 666

Boehmer, Gustav Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, I. Buch, Tübingen 1958

Bötticher Die Zulässigkeit des Rechtswegs durch die ordentlichen Gerichte, DVBl. 1950, 321

Bogs, Harald Die verfassungsrechtliche Gebundenheit der öffentlichen Hand bei Bedarfsdeckungsgeschäften

Brandt, Jürgen Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, Jena 1929

Brauer, Max Öffentliche Wirtschaft, Hamburg 1951

Brenner, Günter Gelten die Grundrechte auch für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand?, BB 1962, 727

Bullinger, Martin Zu den Handlungsformen und Handlungsprinzipien hoheitlicher und nichthoheitlicher Verwaltung, DÖV 1960, 746.

Callmann, Rudolf Anm. zu RG vom 14. 1. 1927, JW 1927, 895

Culemann, Hans Widerrechtliche Eingriffe öffentlicher Werke in privaten Gewerbebetrieb, KartRdsch. 1930, 75

Depenbrock, Johannes Die Stellung der Kommunen in der Versorgungswirtschaft

Dorn, Horst Schadenersatzansprüche des Privatunternehmers wegen schädigenden Wettbewerbs durch Gemeindebetriebe, NJW 1964, 137

Dürig, Günter Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953, 193

Dürig, Günter Die Geltung der Grundrechte für den Staatsfiskus und sonstige Fiskalate, Bay.VBl. 1959, 201

Ehrenberg, Victor Anm. zu RG vom 25. 1. 1927, JW 1927, 1102

Ehrensberger, Otto Verfassungsrechtliche Fragen im Grenzgebiet zwischen kommunaler Selbstverwaltung und freier Wirtschaft, DÖV 1956, 129

Eiser, Ernst — Riederer, Johann Energiewirtschaftsrecht, München und Berlin 1958

Elster, Alexander — Wettbewerbsrecht, Berlin 1941

Enneccerus — Nipperdey — Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. Tübingen 1959

Erb — Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, Bay. Bgm. 1952, 152

Erckens, Hansgeorg — Funkwerbung durch die öffentliche Hand, Kölner rwiss. Diss. 1958

Eyermann, Erich — Fröhler, Ludwig — Verwaltungsgerichtsgesetz, München und Berlin 1950

Eyermann, Erich — Zur Bedeutung des Art. 75 Abs. 2 GO, Bay.VBl. 1958, 76

Eyermann, Erich — Fröher, Ludwig — Verwaltungsgerichtsordnung, München und Berlin 1960

Fabian, Heinz — Die Regietätigkeit der öffentlichen Hand als verfassungsrechtliches Problem, Kölner rwiss. Diss. 1959

Fikentscher, Wolfgang — Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1958

Fikentscher, Wolfgang — Die Preisunterbietung nach neuem Wettbewerbsrecht, BB 1958, 201

Fischer, August — Wieder einmal Streit um die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, Bay. Bgm. 1960, 149

Fischerhof, Hans — Das Investitionshilfegesetz als Lenkungsgesetz, NJW 1952, 919

Fischerhof, Hans — Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, DÖV 1957, 305

Fischerhof, Hans — »Daseinsvorsorge« und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, DÖV 1960, 41

Flessa, Richard — Rechtsschutz gegen Weisungen zu privatrechtlichem Verhalten untergeordneter Behörden, NJW 1958, 1276

Forsthoff, Ernst — Rechtsfragen der Werbesendungen im Fernsehen, DÖV 1957, 97

Forsthoff, Ernst — Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, Köln 1958

Forsthoff, Ernst — Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959

Forsthoff, Ernst — Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8. Aufl., München und Berlin 1961

Frentzel, Gerhard — Die gewerbliche Betätigung der öffentlichen Hand. Schriftenreihe des Deutschen Industrie- und Handelstags, Nr. 56

Frentzel, Gerhard — Wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, Tübingen 1961

Frey, Wilfred — Die Privatwirtschaft der öffentlichen Hand, rwiss. Diss. Halle-Wittenberg 1930

Friesenhahn, E. Grundgesetz und Energiewirtschaft, Elektrizitätswirtschaft 1957, 12

Fröhler, Ludwig Landesgesetzliche Beschränkungen der wirschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, Bay.VBl. 1956, 135

Frühling, Walter Ersatz der Anstaltsgewalt durch ein bürgerlich-rechtliches Hausrecht des Anstaltsherrn?, DVBl. 1963, 768

Fuß, Ernst-Werner Die Überschreitung des Wirkungskreises juristischer Personen des öffentlichen Rechts, DÖV 1956, 566

Fuß, Ernst-Werner Grundrechtsgeltung für Hoheitsträger?, DVBl. 1958, 739

Gaedke, Jürgen Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, Göttingen 1954

v. Gamm, Otto-Friedrich Das Verwaltungshandeln und der Rechtsweg, NJW 1957, 1055

v. Gamm, Otto-Friedrich Die Interessenabwägung im gewerblichen Rechtsschutz, WRP 1959, 227

v. Gamm, Otto-Friedrich Der Wettbewerb der öffentlichen Hand, GRUR 1959, 303

Gelzer Zweifelsfragen zur Nachbarklage im öffentlichen Recht, NJW 1959, 1905

Gerber, W. Die öffentliche Unternehmung in privatrechtlicher Form, Züricher volkswirtschaftliche Forschungen, Bd. 13, Zürich 1928

Gieseke, Paul Recht am Unternehmen und Schutz des Unternehmens, GRUR 1950, 298

Gieseke, Paul Privates und öffentliches Recht in den Lieferbeziehungen der Wasserversorgungsunternehmen, Festschrift für Gustav Boehmer, Bonn 1954, S. 124

v. Godin, Hans — Hoth, Jürgen Wettbewerbsrecht, Berlin 1957

Golz, Gerhard Minister in Aufsichtsräten von Wirtschaftsunternehmen?, DÖV 1958, 757

Golz, Gerhard Nochmals: Minister in Aufsichtsräten von Wirtschaftsunternehmen?, DÖV 1960, 895

Gönnenwein Anm. zu BGH vom 26. 5. 1961, JZ 1962, 219

Gönnenwein Gemeinderecht, Tübingen 1963

Götte, Hermann Der Wettbewerb der öffentlichen Hand, Kölner rwiss. Diss. 1931

Gutachterausschuß für Wettbewerbsfragen Gutachten 4/1953: Einschaltung fremder Autorität in das Verhältnis zwischen Kaufmann und Kunden

Gütebier, Friedrich-Wilhelm Der unlautere Wettbewert der öffentlichen Hand, Berlin 1934

Gütebier, F. W. Der unlautere Wettbewerb der öffentlichen Hand, MuW, 1934, 361

Gütebier, F. W. Der Leistungsgrundsatz im Wettbewerbsrecht, JW 1934, 1091

Haas Aktuelle Probleme des Verwaltungshandelns, Bay.VBl. 1960, 179

Haas, Eckart Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts als Wettbewerbsunternehmen, Hamburger rwiss. Diss. 1959

Hamann, Andreas Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, Heidelberg 1953

Hamann, Andreas Wirtschaftswerbung in Rundfunk und Fernsehen, NJW 1957, 1422

Hamann, Andreas Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, Neuwied, Berlin, Darmstadt 1958

Hamann, Andreas Entschädigungsansprüche wegen Subventionsschäden, BB 1962, 504

Haussmann, Frederick Die öffentliche Hand in der Wirtschaft, München 1954

Hefermehl, Wolfgang Der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts. Festschrift für Hans Carl Nipperdey, München und Berlin 1955, S. 283

Heidenhain Zur Amtshaftung in der Bundesrepublik, NJW 1952, 604

Heidenhain Wann können die ordentlichen Gerichte Verwaltungsakte aufheben?, NJW 1953, 1081

Helmreich, Karl — Widtmann, Julius Bayer. Gemeindeordnung, 2. Aufl., München 1959, mit Ergänzungsband 1960

Herrmann, Johannes Anm. zu BGH vom 30. 5. 1958, MDR 1959, 116

Herzog, B. Wettbewerbsgesetz und monopolartiger Lieferungsvertrag, KartRdsch. 1929, 95

Hölzl, Josef Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, München 1960

v. Hofmannsthal, Emil Anm. zu OGH Wien vom 21. 2. 1927, JW 1929, 1617

Horn Anm. zu RG vom 10. 5. 1929, JW 1929, 32, 99

Huber, Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Tübingen 1953

Hubmann, Heinrich Grundsätze der Interessenabwägung, A.c.P. 155, 85

Hubmann, Heinrich Der bürgerrechtliche Aufopferungsanspruch, JZ 1958, 489

Hubmann, Heinrich Gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1962

Hueck, Alfred Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., München und Berlin 1958

Hüttl, Adolf Zur Auslegung des Art. 75 Abs. 1 Gemeindeordnung 1952, Bay.Bgm. 1954, 121

Hüttl, Adolf Kommunale Versorgungswirtschaft — Teil der Daseinsvorsorge im modernen Staat, Bay.Bgm. 1955, 122

Hüttl, Adolf — Sind die gemeindlichen Versorgungsbetriebe den »wirtschaftlichen Unternehmen« in § 67 DGO zuzuordnen?, DÖV 1958, 198

Ipsen, Hans Peter — Öffentliche Subventionierung Privater, DVBl. 1956, 461, 498, 602

Ipsen, Hans Peter — Zur Legalität des Werbefernsehens, NJW 1963, 2049

Ipsen, Hans Peter — Rechtsfragen zur »Ausgliederung« des Werbefernsehens, NJW 1963, 2102

Isay, Rudolf — Anm. zu OGH Wien vom 4. 6. 1929, JW 1930, 1779

Jacobi, Werner — Keine Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand?, BB 1951, 764

Jacobi, Werner — Über das Recht auf wirtschaftliche Eigentätigkeit der Gemeinden. Die demokratische Gemeinde, 1952, 386

Jellinek, Walter — Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Offenburg 1948, mit Nachtrag 1950

Jürgens, Erhard — Verfassungsmäßige Grenzen der Wirtschaftswerbung, Verw.Arch. 53 (1962), 105

Kayser-Leiß — Die Amtshaftung bei Ausübung öffentlicher Gewalt, 2. Aufl., München und Berlin 1958, mit Ergänzungsband 1959

Kaussmann, Ernst — Die kommunale Versorgungswirtschaft, DÖV 1959, 418

Klein — Anm. zu OLG Köln vom 19. 11. 1951, DÖV 1952, 285

Kleinhoff — Der enteignungsgleiche Eingriff in der Rechtsprechung des BGH, DRiZ 1958, 167

Klinger, Hans — Verwaltungsgerichtsordnung, Göttingen 1960

Koehler, Alexander — Verwaltungsgerichtsordnung, Berlin und Frankfurt a. M. 1960

Koenigs, Folkmar — Diskriminierung durch Allgemeine Ortskrankenkassen — BGHZ 36, 91, JuS 1962, 342

Köttgen, Arnold — Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart Bd. 59

Köttgen, Arnold — Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt, VVDtSt. 6, 105

Köttgen, Arnold — Die gegenwärtige Lage der deutschen Verwaltung, DVBl. 1957, 441

Köttgen, Arnold — Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. I, S. 577

Köttgen, Arnold — Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative im Bereich der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung, Göttingen 1961

Kracht, Friedrich — Kartellrechtliche Beurteilung der Praxis der Sozialversicherungsträger, NJW 1962, 187

Kraft, A. — Die Bundespost und ihre Reklamegesellschaften, WRP 1961, 95

v. Krauss, Rupprecht — Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Hamburg 1955

Kümmel, Hugo — Fälle der mißbräuchlichen Betätigung der öffentlichen Hand im Wirtschaftsverkehr und ihre Bekämpfung durch das Bürgerliche Gesetzbuch und das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kölner rwiss. Diss. 1928

Krüger, Herbert — Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, DVBl. 1951, 361

Krüger, Herbert — Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsverwaltung, Rechtsstaat, BB 1953, 565

Landmann (Hrsg.) — Moderne Organisationsformen der öffentlichen Unternehmung, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Bd. 176, Leipzig 1931

Landmann — Rohmer

Eyermann, Erich

Fröhler, Ludwig — Gewerbeordnung, 11. Aufl. München und Berlin 1956

Leidel, Hans L. — Regiebetrieb und unlauterer Wettbewerb, Kölner rwiss. Diss. 1952

Leisner, Walter — Grundrechte und Privatrecht, München 1960

Lerche, Peter — Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, Berlin, Köln 1953

Lerche, Peter — Rechtsprobleme der wirtschaftslenkenden Verwaltung, DÖV 1961, 486

Löffler, Martin — Presserecht, München und Berlin 1955

Löffler, Martin — Private Wirtschaftswerbung durch öffentliche Rundfunkanstalten?, BB 1956, 729

Loschelder — Die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und ihr Verhältnis zur Leistungsverwaltung, DVBl. 1957, 819

Lotz, Walther — Studien über Verbreitung und Organisation öffentlicher Unternehmungen in der Gegenwart, Jena 1933

v. Mangold, Hermann —

Klein, Friedrich — Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt 1957, Bd. 1

Mallmann, Walter — Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDSt. 19, 165

Mann, F. K. — Der Stand der öffentlichen Wirtschaft in den Vereinigten Staaten, Öffentliche Wirtschaft Nr. 3. S. 11

Masson, Christoph — Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, 1952

Masson, Christoph — Beschränken Art. 75 ff. Gemeindeordnung überhaupt die gemeindliche Daseinvorsorge?, Bay.VBl. 1956, 327

Masson, Christoph — Anm. zu Bay. VGH vom 16. 1. 1959, Bay.VBl. 1959, 92

Mang, Johann (Hrsg.) — Verwaltungsrecht in Bayern, München 1952

Maunz, Theodor — Die Gesetzmäßigkeit des Fernsehwerbens, Bay.VBl. 1957, 4

Maunz, Theodor — Deutsches Staatsrecht, 10. Aufl., München und Berlin 1961

Maunz, Theodor — Dürig, Günter — Grundgesetz, München und Berlin 1961

Menger, Christian-Friedrich — Über die Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einiger Verwaltungsstreitsachen. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek. München 1955, S. 347

Menger, Chr.-Friedr. — Höchstrichterliche Rechtssprechung zum Verwaltungsrecht, Verw.Arch. 48, 173; 49, 272; 50, 193

Meyer-Lülmann — Unlauterer Wettbewerb durch Mißbrauch von Behördenautorität, Sparkasse 1927, 415

Meyer-Lülmann — Wettbewerbsverstöße öffentlicher Behörden, JW 1927, 1556

Müller, Fritz — Straßenverkehrsrecht, 21. Aufl., Berlin 1959

Naumann, Richard — Vom vorbeugenden Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 391

Neff, Richard — Wettbewerbsverstöße öffentlicher Behörden, Zeitschrift für Kommunalwirtschaft 1927, 1575

Nerreter — Wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinden und Landkreise nach Bayr. Kommunalrecht, Bay.Bgm. 1953, 121, 145

Neumann — Wirtschaftslenkende Verwaltung, Stuttgart 1959

Niebuhr, H. — Öffentliche Unternehmungen und Privatwirtschaft, Leipzig 1928

Nipperdey, Hans Carl — Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Schriften des Inst. f. Wirtschaftsrecht a. d. Univ. Jena Nr. 1, 1920

Nipperdey, Hans Carl — Stromsperre, Zulassungszwang und Monopolmißbrauch, Mannheim, Berlin, Leipzig 1929

Nipperdey, Hans Carl — Wettbewerb und Existenzvernichtung, Berlin 1930

Nipperdey, Hans Carl — Die Verteilung der fürsorgebedürftigen Kranken auf die städtischen und freien Krankenanstalten, Freie Wohlfahrtspflege 1932/33, 534

Nipperdey, Hans Carl — Anm. zu RG vom 3. 3. 1933, JW 1934, 210

Nipperdey, Hans Carl — Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand?, BB 1951, 593

Nipperdey, Hans Carl — Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, 1954

Nipperdey, Hans Carl — Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht, Köln, Berlin, München 1960

Nipperdey, Hans Carl — Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 2. Aufl., Köln München 1961

Obermayer, Klaus — Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Stuttgart, München, Hannover 1956

Obermayer, Klaus — Die verwaltungsgerichtlichen Klagen, Bay. VBl. 60, 208

Osterkamp, Karl — Kühne, Karl (Bearbeiter) — Handbuch der Öffentlichen Wirtschaft, Stuttgart 1960

Pagendarm — Anm. zu BGH vom 4. 2. 1957, LM Nr. 10 zu VerwR. Allg. (allg. EnteignungsR.)

Palandt, Otto u. a. — Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Aufl., München und Berlin 1960

Peters, Hans — Anm. zu OVG Hamburg vom 10. 7. 1956, DÖV 1957, 120

Reichsgerichtsräte und Bundesrichter — Das Bürgerliche Gesetzbuch, 11. Aufl., Berlin 1959

Reimer, Eduard — Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Aufl., Köln, Berlin 1954

Reuß, Hermann — Die Wirtschaftspolitik im Spiegel des Verfassungsrechts, DVBl. 1961, 875

Richter, Lutz — Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt, VVDtSt. 6, 69

Ringe, Karl — Zur Unterlassungs- und Beseitigungsklage bei Verwaltungsakten und einfachen Verwaltungshandlungen, DVBl. 1958, 378

Ritschl, Hans — Die öffentlichen Unternehmen in der Marktwirtschaft, Öff. Wirtschaft Nr. 5 1955, 2

Rosenberg, Leo — Über die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs gegen wirtschaftliche Werbemaßnahmen des Bayer. Rundfunks, ZZP 70, 285

Rosenthal, Alfred — Wettbewerbsgesetz, 8. Aufl., Berlin 1930

Rosenthal, Alfred — Anm. zu RG vom 21. 4. 1931, JW 1931, 3214

Rupp, Hans Heinrich — Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt, DVBl. 1958, 113

Rupp, Hans Heinrich — Widerruf amtlicher ehrenkränkender Behauptungen, NJW 1961, 810

Saitzew, Manuel — Die öffentliche Unternehmung der Gegenwart, Tübingen 1930

Schack, Friedrich — Der »enteignungsgleiche Eingriff«, JZ 1960, 625

Schack, Friedrich — Aufopferungsanspruch bei Versagung der Abwehrklage aus § 1004 BGB — BGHZ 16, 366, JuS 1963, 263

Schippel, Helmut — Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, München, Köln, Berlin 1956

Schmidt-Tophoff Die Straßenbahn-Ganzwagen-Reklame, DÖV 1961, 493

Schmidt-Tophoff Bundesbahnbusse im Reklamegewande, DVBl. 1964, 98

Schneider Anm. zu KG vom 18. 9. 1956, NJW 1957, 1076

Schnettler, Albert Öffentliche Betriebe, Essen 1956

Schrödter Anm. zu BVerwG vom 18. 9. 1958, DÖV 1959, 452

Schüle, Adolf Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDtSt. 11, 86

Schuler, Alexander Daseinsvorsorge und die Wirtschaft der Gemeinden, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 1958/59, 148

Schuncke, E. — De Clerck, H. Verwaltungsgerichtsordnung, Siegburg 1961

Schwierholz, Christoph Das Rechtsschutzproblem der Privatwirtschaft gegen die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand, Kölner rwiss. Diss. 1955

Siebert, Wolfgang Privatrecht im Bereich der öffentlichen Verwaltung. Festschrift für Hans Niedermeyer

Siebert, Wolfgang Zur neueren Rechtssprechung über die Abgrenzung von Zivilrechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, DÖV 1959, 733

Siebert, W. Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl., Stuttgart 1959

Sieder, Frank — Zeitler, Herbert Bayer. Straßen- und Wegegesetz, München und Berlin 1960

Siegfried, F. F. Zum Begriff des öffentlichen Amtes in Art. 34 GG, NJW 1957, 738

Sigloch, Gerhard Die Unternehmen der öffentlichen Hand, Mannheim, Berlin, Leipzig 1929

Soergel, Hs. Th. — Sogemeier, Martin (Hrsg.) Die öffentliche Hand in der privaten Wirtschaft, Berlin 1926

Stern, Klaus Schlichte Verwaltungsäußerungen, Bay.VBl. 1957, 44, 86

Stern, Klaus Anm. zu BVerwG vom 7. 11. 1957, NJW 1958, 683

Stern, Klaus Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrags, AöR 84, 137

Stern, Klaus Gedanken über den wirtschaftslenkenden Staat aus verfassungsrechtlicher Sicht, DÖV 1961, 325

Stern, Klaus Gemeindeordnung und kommunale Wirtschaftsbetätigung, Bay.VBl. 1962, 129

Strickrodt, Georg Die gewerblichen Staatsunternehmen in ihrer verfassungsrechtlichen und unternehmenswirtschaftlichen Bedeutung, Tübingen 1954

Surén, Friedrich-Karl Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik, Bd. II, Gemeindewirtschaftsrecht, Köln, Berlin, München, Bonn 1960

Surén, Friedrich-Karl — Loschelder, Wilhelm Die Deutsche Gemeindeordnung, Berlin 1940

Tautscher, Anton Die öffentliche Wirtschaft, Berlin 1953

Tautscher, Anton Die öffentlichen Unternehmen und ihre wirtschaftspolitischen Aufgaben, Z.f.ges.St. 109 (1953), 398

Tetzner, Heinrich Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl., Köln 1957

Tiedau Nachprüfung von Verwaltungsakten im Zivilprozeß, MDR 1954, 267

Torz, Robert Die privatwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das Grundgesetz, DÖV 1958, 205

Toussaint, Helmut Der Regiebetrieb der Gemeinde und die Gewerbefreiheit, Kölner rwiss. Diss. 1954

Ule, Carl Hermann Die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit und das Verhältnis von Justiz und Verwaltung, 10. Beiheft der DRZ 1949, 13

Ule, C. H. Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz, Zentraljustizblatt f. d. brit. Zone 1949, 61

Ule, C. H. Anm. zu BVerwG vom 17. 4. 1959, DVBl. 1959, 582

Ule, C. H. Verwaltungsprozeßrecht. München und Berlin 1960

Ullrich, Walter — Thomsen, Heiko Zur Ausgliederung des Werbefunks aus den Rundfunkanstalten, DÖV 1962, 245

Ulmer, Eugen Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht, Berlin 1932

Ulmer, Eugen Anm. zu RG vom 21. 6. 1932, JW 1933, 1948

Vetter, Hans Georg Die öffentliche Hand im Wettbewerb mit der privaten Wirtschaft. Freiburger rwiss. Diss. 1939

Vialon, Karl Friedrich Haushaltsrecht, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt 1959

Vogel, Klaus Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, Hamburg 1959

Vogt, Hans Probleme der Versorgungswirtschaft, München 1950

Voigt, Wolfram Der Wettbewerb der öffentlichen Hand und seine privatrechtliche Beurteilung. Kölner rwiss. Diss. 1956

Walz Anm. zu OLG Köln vom 19. 11. 1951, JZ 1952, 223

Weimar, Robert »Zufalls«-Schädigungen durch die öffentliche Hand, DÖV 1963, 607

Wertenbruch, Wilhelm Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht, JuS 1961, 105

Wiedenfels, Ilse Nochmals: Minister in Aufsichtsräten von Wirtschaftsunternehmen, DÖV 1960, 892.

Wolff, Hans J. Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR 76, 205

Wolff, Hans J. Anm. zu BGH vom 26. 3. 1953, JZ 1953, 552

Wolff, Hans J. Verwaltungsrecht I, 2. Aufl., München und Berlin 1958

Wolff, Hans J. Anm. zu BGH vom 26. 3. 1953, JZ 1953, 552

Zeidler, Karl Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDSt. 19, 208

Zeiß, Friedrich Das Eigenbetriebsrecht der gemeindlichen Betriebe, Stuttgart und Köln 1956

Zeiß, Friedrich Die Versorgungs- und Verkehrsbetriebe als wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde nach der Deutschen Gemeindeordnung, DÖV 1958, 201

Zetsche Öffentliche Hand und unlauterer Wettbewerb, MuW 27/28, 41.

I. TEIL

Die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und der Wettbewerb mit der Privatwirtschaft

Es mag nur wenige Gebiete geben, bei denen eine rechtliche Durchdringung des Stoffes angesichts der Mannigfaltigkeit und Veränderlichkeit der Gestaltungsformen auf größere Schwierigkeiten stößt als bei der Würdigung der wirtschaftlichen Tätigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Eine völlig befriedigende systematische Behandlung dieses Zwischenreiches von Wirtschaft und Verwaltung ist bisher nicht gelungen und scheint wegen der ständig im Fluß befindlichen Entwicklung auch kaum möglich. Fast jede zur Herrschaft gelangte politische Richtung verwirklicht ihre eigenen Leitgedanken über die Stellung des Staates in der Wirtschaft. Die dabei geschaffenen Organisationsformen überleben zumeist noch lange in mehr oder minder veränderter Form die wirtschaftspolitischen Vorstellungen, denen sie ihre Entstehung verdanken. So bilden die vorhandenen Staatsunternehmen einen Spiegel der Wirtschaftspolitik seit der Zeit des Merkantilismus bis auf unsere Tage. Soll die rechtliche Behandlung aber nicht nur in einer Beschreibung der vorhandenen Formen der öffentlichen Wirtschaft bestehen, so ist zumindest eine vorläufige Einteilung und Aufgliederung notwendig.

Der Wettbewerb der öffentlichen Hand taucht als Problem erst in der Zeit nach dem ersten Weltkrieg auf. Wenn die jeweilige konjunkturelle Entwicklung den Wettbewerbskampf in der Wirtschaft verschärft, wird auch das Ver-

hältnis zwischen privater und öffentlicher Wirtschaft umstritten[1]. So hat der wirtschaftliche Aufschwung nach dem zweiten Weltkrieg die Diskussion um den Wettbewerb der öffentlichen Hand belebt[2] und zur Privatisierung bedeutender Unternehmen der öffentlichen Hand geführt.

---

[1] Vgl. z. B. die Kundgebung der Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft vom Jahre 1926 in *Sogemeier*, Die öffentliche Hand in der privaten Wirtschaft, und die Gegenkundgebungen von gewerkschaftlicher Seite bei *Brandt*, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. IV.
Aus dem fast unübersehbaren älteren volkswirtschaftlichen und betriebswissenschaftlichen Schrifttum vgl.:
Gerber, Die öffentliche Unternehmung in privatrechtlicher Form; *Landmann*, Moderne Organisationsformen der öffentlichen Unternehmung; *Lotz*, Studien über Verbreitung und Organisation der öffentlichen Unternehmungen; *Niebuhr*, Öffentliche Unternehmung und Privatwirtschaft; *Saitzew*, Die öffentliche Unternehmung der Gegenwart; *Staudinger*, Der Staat als Unternehmer.

[2] *Brauer*, Öffentliche Wirtschaft; *Haussmann*, Die öffentliche Hand in der Wirtschaft; *Hellwig*, Die öffentliche Wirtschaft Nr. 5, 1955, S. 14; *Ritschl*, Die öffentliche Wirtschaft Nr. 5, 1955, S. 2; *Weisser*, Die öffentliche Wirtschaft Nr. 1 S. 3; *Osterkamp-Kühne*, Handbuch der öffentlichen Wirtschaft, 1. Bd.; *Hamm*, Kollektiveigentum; vgl. auch die Forderungen des Pariser Kongresses der Internationalen Liga vom 26.–29. 5. 1959 in Internationaler Wettbewerb 1959, S. 51.

1. Abschnitt: Allgemeine Grundlagen

I. Die Grundformen der wirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand: Erwerbswirtschaftliche Betätigung und öffentliche Leistungstätigkeit

Besteht der Zweck des Staates darin, dem Wohl seiner Bürger zu dienen, so muß jede staatliche Tätigkeit im Ergebnis darauf abzielen, den Bürgern Leistungen im weitesten Sinne zu gewähren. Das gilt selbst für die obrigkeitliche Verwaltung, wie etwa die Polizei, welche die öffentliche Sicherheit und Ordnung als wichtiges Rechtsgut für jedermann verbürgt. Eine Minderzahl öffentlicher Tätigkeiten dient lediglich dazu, die Erfüllung anderer Staatszwecke zu ermöglichen, so namentlich das Abgabenwesen. Bezeichnet man hingegen den Staat als Leistungsträger, so will man damit einen ganz bestimmten staatlichen Tätigkeitsbereich umreißen. Man stellt der Eingriffsverwaltung die Gebiete gegenüber, die sich dadurch kennzeichnen, daß der Staat und die anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts Güter und Dienstleistungen an einzelne vermitteln, also Einzelbedürfnisse befriedigen. Es ist freilich mit Recht hervorgehoben worden, daß eine Unterscheidung danach, ob eine bestimmte öffentliche Betätigung der Allgemeinheit oder einzelnen Bürgern zugute kommt, nicht streng durchgeführt werden kann, weil vielfach sowohl die Gesamtheit als auch einzelne ihrer Mitglieder aus dem Wirken des Staates Nutzen ziehen[3]. Eine schärfere Abgrenzung ergibt sich jedoch daraus, daß für eine wettbewerbsrechtliche Betrachtung nur wirtschaftliche Leistungen von Bedeutung sind. Darunter sind solche Leistungen zu verstehen, die ihrem Wesen nach auch Gegenstand privater wirtschaftlicher Betätigung sind oder sein können. Wirtschaftliche Leistungen sind Sachleistungen, Dienste und Kapitalnutzung. Reine Verwaltungsleistungen (wie etwa staatliche Genehmigungen) oder Geldzuwendungen ohne Rückzahlungspflicht

[3] *Forsthoff,* Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 322, Anm. 1; *Köttgen,* VVDSt 6, 105, 112; *Rupp,* DVBl. 1958, 113; *Becker* (VVDSt 14, 96; Kommunal-Kassenzeitschrift 1957, 106, 109; Die Leistungsaufgaben der öffentlichen Verwaltung, S. 5–16) zählt dagegen auch Leistungen der Obrigkeitsverwaltung, wie z. B. Polizeischutz, zur Leistungsverwaltung; siehe auch *Loschelder,* DVBl. 1957, 819.

(z. B. als Subventionen) werden nicht behandelt. Der Staat und die anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts gewähren ihre Leistungen in der Regel gegen Entgelt, doch kommen auch Fälle vor, wo im öffentlichen Interesse eine kostenlose Verteilung stattfindet.

Die allgemeine Bedarfsdeckung liegt überwiegend in den Händen der Privatwirtschaft. Zu einem erheblichen Ausmaß werden aber auch die juristischen Personen des öffentlichen Rechts »eigenwirtschaftlich« tätig. Sie treten entweder unmittelbar als Wirtschaftsträger auf (z. B. in Form eines Regiebetriebs), oder beteiligen sich mittelbar durch Handelsgesellschaften (z. B. eine GmbH oder AG) am Wirtschaftsleben. Die Gesamtheit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts in ihrer Eigenschaft als Glieder der Volkswirtschaft pflegt man unter dem Begriff »öffentliche Hand« zusammenzufassen[4].

Unter eigenwirtschaftlicher Betätigung soll die Funktion der öffentlichen Hand als Anbieter wirtschaftlicher Güter und Leistungen verstanden werden, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Güteraustausch in Formen des öffentlichen oder des privaten Rechts erfolgt, und welcher Zweck mit ihm verfolgt wird. Es fällt somit die hoheitliche Personenbeförderung durch die Post genauso unter diesen Begriff wie der Betrieb eines gemeindlichen Wasserwerks oder einer staatlichen Automobilfabrik. In der Regel wird ein »Unternehmen« im Sinne einer in sich abgeschlossenen, für die Dauer bestimmten Organisationseinheit, die der wirtschaftlichen Aufgabe zu dienen bestimmt ist[5], vorliegen. Zum Begriff der eigenwirtschaftlichen Betätigung gehört das Vorhandensein eines Unternehmens in diesem Sinn aber nicht; auch bloße Neben- und Hilfsleistungen der Behörden, z. B. der Vertrieb einer belehrenden Broschüre durch Amtsstellen, fällt darunter. Ein öffentliches Unternehmen liegt vor, wenn der Träger eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist[6].

---

[4] Vgl. *Gütebier,* Der unlautere Wettbewerb der öffentlichen Hand, S. 16; *Sigloch,* Die Unternehmen der öffentlichen Hand, S. 15.

[5] So auch der Sprachgebrauch des RG und BGH z. B. in RGZ 158, 83, 91 und BGHZ 9, 145; ähnlich *Forsthoff,* Verwaltungsrecht, S. 453/454, der jedoch zu Unrecht Einrichtungen zur Verfolgung ideeller Zwecke, wie Schulen, Theater, Krankenhäuser, nicht zu den Unternehmen zählt. Dagegen zutreffend *Gönnenwein,* Gemeinderecht, S. 474/475. Vgl. auch *Vogel,* Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, S. 26, und *Köttgen,* DJT-Festschrift, S. 590.
Der Begriff des Unternehmens ist im übrigen außerordentlich umstritten, vgl. die Nachweise bei *Schippel,* Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, S. 9, Fußnote 2.

[6] Vgl. *Saitzew,* a. a. O., S. 8; *Forsthoff* a. a. O.; zur Problematik dieses Begriffes in der Volkswirtschaftslehre vgl. *Kühne,* Handbuch der öffentlichen Wirtschaft, S. 20.

Den Gegensatz zur eigenwirtschaftlichen Betätigung bildet die wirtschaftslenkende Tätigkeit[7], bei der der Staat nicht selbst am Wirtschaftsleben teilnimmt, sondern durch andere Maßnahmen in die Wirtschaft eingreift, z. B. durch öffentliche Subventionierung Privater.

Das Gesamtgebiet der eigenwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand kann in zwei Gruppen aufgeteilt werden, in die erwerbswirtschaftliche Betätigung und die öffentliche Leistungstätigkeit. Die Abgrenzung beider Gebiete ist sehr umstritten. Es werden hierzu im wesentlichen folgende Lehrmeinungen vertreten:

a) Die öffentlich-rechtliche oder die privatrechtliche Organisationsform soll maßgeblich sein. Dieser Abgrenzung liegt die Forderung zugrunde, daß der Unterschied zwischen öffentlicher Verwaltung und öffentlicher Wirtschaft mit dem zwischen öffentlichem und privatem Recht zusammenfallen müsse. Um öffentliche Aufgaben zu verfolgen, seien allein die Formen des öffentlichen Rechts gegeben; eine Vermischung von Verwaltung und Wirtschaft dürfe nicht eintreten[8]. Die Rechtsentwicklung hat aber eine andere Richtung genommen. Für den Bereich der Daseinsvorsorge ist gerade die Vertauschbarkeit öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten kennzeichnend[9]. Ein gemeindliches Wasserwerk z. B. kann sowohl in der Form einer Anstalt mit öffentlich-rechtlichem Benutzungsverhältnis als auch in der eines privatrechtlich gestalteten Regiebetriebs geführt werden. Der bloße Unterschied der Rechtsform berührt die Allgemeinbedeutung seiner Leistung und die Stellung des Unternehmens in der Gesamtwirtschaft nicht.

b) Die Wirtschaft der öffentlichen Hand kann entweder am Gewinnprinzip oder am Bedarfsdeckungsprinzip ausgerichtet sein. Die gleiche Unterscheidung kann auch innerhalb der Privatwirtschaft vorgenommen werden. Zu den »gemeinnützigen« Privatunternehmen in diesem Sinne gehören z. B. Baugenossenschaften, Theater- und Buchgemeinschaften und dgl. Die Einteilung der eigenwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand allein nach dem Wirtschaftsprinzip, wie sie z. B. *Frey*[10] befürwortet, empfiehlt sich jedoch nicht. Nach dem Gewinnprinzip arbeiten sowohl die reinen Erwerbsunternehmen (z. B. ein staatliches Autowerk) als auch viele öffentliche Ziele verfolgende

---

[7] Vgl. z. B. *Neumann*, Wirtschaftslenkende Verwaltung; *Rau* DVBl. 1960, 337; *Stern* DÖV 1961, 325; *Lerche* DÖV 1961, 486.

[8] Vgl. z. B. *Köttgen*, VVDSt 6, 105, 123.

[9] *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 357, 449.

[10] Die Privatwirtschaft der öffentlichen Hand, S. 44; so auch *H. Vogt*, Probleme der Versorgungswirtschaft, S. 194.

Unternehmen, z. B. Verkehrs- und Versorgungsunternehmen. Die Art ihrer Wirtschaftsführung hängt nicht selten von dem zufälligen Umstand ab, ob ihr Träger auf Einnahmen aus den Betrieben angewiesen ist oder nicht, ob etwa die Inhaberin des Unternehmens zu den finanzkräftigen oder -schwachen Gemeinden zählt[11]. Wie das RG[12] darlegt, kann auch ein gewerbliches Unternehmen zugleich öffentlichen Interessen dienen, und umgekehrt ist die Erzielung eines Gewinns mit dem Begriff der öffentlichen Anstalt nicht unvereinbar.

c) Der Begriff »öffentlicher Leistungsträger« kann auch in dem Sinn verstanden werden, daß die gebotene Leistung für die Allgemeinheit bestimmt und jedermann (oder doch einem nach allgemeinen Merkmalen bestimmten Personenkreis) zugänglich ist. Im Gemeinderecht spricht man dann von öffentlichen Einrichtungen (vgl. Art. 21 BayGO). Die Indienststellung für die Allgemeinheit ist aber keine mit bestimmten Arten von Unternehmen begriffsnotwendig verknüpfte Eigenschaft, sondern gründet sich auf besondere tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse. Sie beruht entweder auf einer gesetzlichen Vorschrift, die einen Abschlußzwang festlegt (z. B. § 6 EnergG), auf einem ausdrücklichen oder stillschweigenden behördlichen Widmungsakt oder einer Monopolstellung, die zu zivilrechtlichem[13] oder öffentlich-rechtlichem[14] Kontrahierungszwang führt.

d) Als brauchbares Kennzeichen der öffentlichen Leistungstätigkeit bleibt daher nur der Zweck[15], dem die wirtschaftliche Betätigung zu dienen bestimmt ist. Die eigenwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand dient dann einem öffentlichen Zweck, wenn sie bestimmt und geeignet ist, unmittelbar das Gemeinwohl zu fördern. Zwar kommt auch die Erzielung von Gewinn durch ein öffentliches Unternehmen der Allgemeinheit zugute, aber doch nur mittelbar über den öffentlichen Haushalt[16]. Bei der Gewinnerzielung selbst wird die öffentliche Hand wie ein privater Erwerbsunternehmer eigen-

---

[11] *Köttgen,* Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht, S. 18 und VVDSt. 6, 105, 122; *Stadelmayer,* Verw.Arch. 41, 121.

[12] RGZ 99, 96, 100.

[13] *Nipperdey,* Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag; *Baumbach-Hefermehl,* Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht § 1 UWG, Anm. 123 ff.

[14] *Forsthoff,* Verwaltungsrecht, S. 363/364.

[15] Überblick über die Zwecke öffentlicher Unternehmen: *Tautscher,* Z. f. ges. St. 109, 398; *Schnettler,* Öffentliche Betriebe, S. 23; *Vogel,* a.a.O., S. 27.

[16] Vgl. *Ipsen,* DVBl. 1956, 461, 465.

nützig tätig, im Gegensatz zur fremdnützigen Zielsetzung bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben[17].

Unmittelbare öffentliche Zwecke können solche der allgemeinen Wirtschaftsintervention[18] sein. So hat der Staat vielfach wichtige Schlüsselindustrien in eigene Regie übernommen, um Machtzusammenballungen in privater Hand auszuschalten, um einen Einfluß auf das Preisgefüge geltend zu machen oder um die Gesamtwirtschaft planwirtschaftlich zu regulieren. Es kann sich um staatliche Ergänzungswirtschaft handeln, die den Zweck hat, nicht ausreichende Kapazitäten der Privatwirtschaft zu erhöhen. Als Entwicklungswirtschaft kann die öffentliche Hand dort tätig werden, wo für Privatunternehmen die Betätigung zu risikoreich oder zu wenig gewinnversprechend erscheint. Regiebetriebe können ein öffentliches Interesse verfolgen, wenn z. B. im Interesse der Geheimhaltung öffentliche Druckaufträge nicht an die Privatwirtschaft vergeben werden können. Von großer Bedeutung sind schließlich arbeitspolitische Gründe, welche die Übernahme eines Privatunternehmens in die öffentliche Hand zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit notwendig machen können[19].

Allgemeine Interventionszwecke dieser Art können sich miteinander verbinden und mit einer Erwerbsabsicht zusammentreffen, die in aller Regel vorhanden sein wird, da sie mit den genannten Zielsetzungen vereinbar ist.

In zeitlicher Hinsicht kann ein und dasselbe Unternehmen bald einen solchen Interventionszweck verfolgen, bald als reines Erwerbsunternehmen geführt werden[20]. Häufig werden Unternehmen der öffentlichen Hand zu einem bestimmten öffentlichen Zweck gegründet oder übernommen, der später in Wegfall kommt. Wird z. B. ein Privatunternehmen vom Staat erworben, um die bei seinen Zusammenbruch zu befürchtenden schädlichen Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft und größere Arbeitslosigkeit zu vermeiden, so ist

---

[17] Darauf beruht auch die Unterscheidung zwischen staatskapitalistischer und staatssozialistischer Betätigung, vgl. *Huber,* Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 521; *Strickrodt,* Die gewerblichen Staatsunternehmen in ihrer verfassungsrechtlichen und unternehmungswirtschaftlichen Bedeutung, S. 5.

[18] Zum Begriff der Intervention vgl. *Schüle,* VVDSt. 11, 86. Siehe auch *Ipsen,* NJW 1963, 2105, Fußnote 23.

[19] Vgl. auch *Ipsen,* NJW 1963, 2104, Fußnote 21. *Frentzel,* Wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, S. 7, sieht dagegen schon in der Existenz öffentlicher Unternehmen eine Form der Staatsintervention.

[20] *Torz,* DÖV 1958, 205.

schon mit der Übernahme der öffentliche Zweck erreicht und das Unternehmen wird forthin als reines Erwerbsunternehmen weitergeführt[21]. Die unter dem nationalsozialistischen Regime zur Sicherung wichtiger Schlüsselpositionen und zum Aufbau der Rüstungsindustrie gegründeten oder in die öffentliche Hand überführten Unternehmen haben diesen öffentlichen Zweck heute eingebüßt. *Torz*[20a] weist aber mit Recht darauf hin, daß reine Erwerbsbetriebe wieder eine öffentliche Aufgabe erhalten können, z. B. wenn sie zur Preisbeeinflussung im Interesse der Gesamtwirtschaft verwendet werden. Da eine Interventionsabsicht nach geltendem Recht nicht verlautbart werden muß[22], ist sie vielfach an äußeren Merkmalen nicht erkennbar. Die subjektive Motivation der Unternehmensleitung ermöglicht wegen ihrer psychologischen Natur keine klare Abgrenzung zwischen staatskapitalistischer und interventionistischer Betätigung[23].

Dagegen hebt sich die öffentliche Leistungstätigkeit von den genannten Formen der der Allgemeinheit als solcher dienenden wirtschaftlichen Intervention deutlich auf Grund äußerer Kennzeichen ab. Die eigenwirtschaftliche Betätigung verfolgt bei den öffentlichen Leistungsträgern nicht allgemein wirtschaftspolitische Belange, sondern einen speziellen Interventionszweck: sie wird zum Nutzen bestimmter Leistungsempfänger durchgeführt. Die Lieferungen und Leistungen selbst dienen dabei einem öffentlichen Zweck[24], weil ein öffentliches Interesse daran besteht, daß die Empfänger sicher und gleichmäßig in ihren Genuß kommen. Es liegt also eine Verbindung von privatem und öffentlichem Nutzen vor[25].

Hierbei taucht die Frage auf, bei welchen wirtschaftlichen Leistungen ein derartiges allgemeines Interesse anzunehmen ist. Eine katalogmäßige Aufzählung erscheint ausgeschlossen, denn die Liste der öffentlichen Aufgaben ist nicht unveränderlich, sondern richtet sich nach den jeweiligen Rechts- und Verwaltungsbedürfnissen und gesellschaftlichen Anschauungen. *Leisner*[26] erhebt deshalb Bedenken gegen diese Art der Abgrenzung, weil die Gefahr

---

[20a] a.a.O.

[21] *Strickrodt,* a.a.O., S. 12.

[22] Dafür de lege ferenda: *Strickrodt,* a.a.O., S. 13.

[23] *Köttgen,* VVDSt 6, 105, 113.

[24] Vgl. *Surén-Loschelder,* DGO § 67, Anm. 3a; *Köttgen,* Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative, S. 59. Der Begriff »öffentlicher Zweck« im Gemeindewirtschaftsrecht ist aber weiter als der für öffentliche Leistungsträger kennzeichnende Versorgungszweck.

[25] Vgl. die Ausführungen von *Sperlich,* Annalen d. Dt. Reichs 1931, 17, 39 bezüglich Anstaltsbetriebe.

[26] Grundrechte und Privatrecht, S. 204.

bestehe, entweder nur traditionelle Bereiche der öffentlichen Betätigung zu den öffentlichen Leistungen zu zählen oder die politische Entwicklung vorwegzunehmen. Es erscheint dennoch nicht gerechtfertigt, wegen gewisser Abgrenzungsschwierigkeiten, die im Einzelfall auftreten mögen, auf die Einteilung der eigenwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand in die voneinander wesensverschiedene erwerbswirtschaftliche Betätigung und öffentliche Leistungstätigkeit überhaupt zu verzichten. Die Erkenntnis des Umfangs der Versorgungszwecke wird überdies durch Vorschriften des positiven Rechts, z. B. Art. 83 BV und Art. 57 BayGO erleichtert.

Im Gegensatz zur Intervention im Allgemeininteresse ist bei der öffentlichen Leistungstätigkeit die öffentliche Zielsetzung objektiv erfaßbar. Die öffentliche Aufgabe ist nicht nur akzidentiell und für bestimmte Zeit oder Situation maßgeblich, sondern die Betriebe der öffentlichen Leistungsträger sind von vornherein und auf Dauer (also institutionell) dem öffentlichen Zweck gewidmet. Für die Zuordnung eines Unternehmens zu den öffentlichen Leistungsträgern ist es dabei gleichgültig, ob neben dem Versorgungszweck noch andere öffentliche Zwecke oder Erwerbsabsichten verfolgt werden[27] (z. B.: Eine Universitätsklinik gewährleistet ärztliche Behandlung und betreibt zugleich Forschung. Eine öffentliche Kunstsammlung pflegt und bewahrt den Kunstbesitz und macht ihn der Allgemeinheit zugänglich). Allein das Vorhandensein oder Fehlen der öffentlichen Leistungsaufgabe entscheidet für die Zuordnung zur einen oder anderen Gruppe[28]. Gleichgültig ist ferner, ob die Aufgabe mit Hilfe des öffentlichen oder des Privatrechts bewältigt wird.

Unter öffentlichen Leistungsträgern werden daher z. B. folgende Betätigungen der öffentlichen Hand verstanden: Verkehrs- und Versorgungsbetriebe, sonstige Unternehmen, soweit sie einen Versorgungszweck erfüllen,

---

[27] Hierunter fallen also die »Anstalten im mat. Sinn« (*Schnettler*, Öffentliche Betriebe, S. 28; *Ritschl*, Öffentliche Wirtschaft Nr. 5, 1955 S. 3, Anm. 2) sowie Unternehmen mit Erwerbsabsicht.

[28] *Köttgen* (DJT-Festschrift, S. 599 ff) räumt eine Sonderstellung dagegen nur den Gemeindewirtschaftsbetrieben ein, weil nur bei ihnen durch die Vorschriften des Gemeinderechts (vgl. z. B. Art. 75 BayGO) die Zweckbestimmung der Privatautonomie des Unternehmensträgers entzogen und eine Kommerzialisierung des Wirtschaftsunternehmens untersagt sei. Art. 75 BayGO und die entsprechenden Vorschriften der anderen Länder betreffen aber nicht die Wirtschaftsführung, sondern die Errichtung, Übernahme oder Erweiterung eines wirtschaftlichen Unternehmens. Sie setzen also voraus, daß es Unternehmen gibt, die ihrer Art nach – ohne Rücksicht auf die Betriebsführung – in der Hand der Gemeinde einem öffentlichen Zweck dienen.

wie z. B. öffentliche Sparkassen und Versicherungen; kulturelle Unternehmen wie Theater, Konzertunternehmen u. dgl.; Anstaltsbetriebe wie Schulen, Büchereien, Krankenanstalten, Bäder; Hilfsleistungen der Verwaltungsbehörden, z. B. Vertrieb von belehrenden Broschüren, Fernsprechverzeichnissen, Fahrplänen.

Angesichts des öffentlichen Gehalts dieser Tätigkeiten stellt sich die Frage, ob die öffentlichen Leistungstätigkeiten zur öffentlichen Verwaltung zu zählen sind. Diese Frage ist namentlich für die Verkehrs- und Versorgungsbetriebe der öffentlichen Hand sehr umstritten.

II. Das Verhältnis von eigenwirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand und öffentlicher Verwaltung

Es kann hier nicht versucht werden, den Begriff der öffentlichen Verwaltung zu definieren. Vieles spricht für die Auffassung, daß eine positive Definition an der Vielgestaltigkeit und Veränderlichkeit des Begriffs überhaupt scheitert und nur eine Umschreibung möglich ist[29]. Die öffentliche Verwaltung im weiteren Sinn umfaßt nach den Rechtsformen ihrer Tätigkeiten mehrere Bereiche[30]: Den charakteristischen Teil des staatlichen Imperiums bildet die Hoheitsverwaltung, die sich nach öffentlichem Recht richtet, und in die obrigkeitliche Verwaltung und die schlichte Hoheitsverwaltung aufgeteilt werden kann. Während die Mittel obrigkeitlicher Verwaltung in untergesetzlichen Normen (Rechtsverordnungen, Satzungen), Verwaltungsakten und innerdienstlichen Weisungen und deren Vollziehung bestehen, spricht man von schlichter Hoheitsverwaltung, wenn ein Verwaltungsträger hoheitliche Aufgaben durch Maßnahmen auf rein tatsächlichem Gebiet erfüllt, z. B. durch den Bau von Straßen, die Briefbeförderung, die Erteilung von Unterricht in öffentlichen Lehranstalten. Die Verwaltungsträger können sich aber auch auf der Ebene des bürgerlichen Rechts betätigen, Fiskalverwaltung im weiteren Sinn ausüben. Zu ihr gehört zunächst die »echte Fiskalverwaltung«. Sie kann abhängiges fiskalisches Handeln sein (also fiskalische Hilfstätigkeit), das der Beschaffung des notwendigen sachlichen und persönlichen Bedarfs

[29] *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 1; *Maunz*, Verw.Arch. 50, 315.

[30] Vgl. *H. J. Wolff*, a.a.O., S. 80 ff; v. *Turegg*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 22; kritisch hierzu *Mallmann*, VVDSt 19, 165.

der Verwaltung dient, oder selbständige Fiskaltätigkeit: Hierher gehört die Verwaltung des staatlichen Finanzvermögens und insbesondere die erwerbswirtschaftlich-fiskalische Betätigung der öffentlichen Hand[31]. Der echten Fiskalverwaltung steht die Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit privatrechtlichen Mitteln gegenüber, wo nach neuerer Auffassung[32] ein besonderes Verwaltungsprivatrecht zur Anwendung kommt, das sich insbesondere durch eine Bindung an die Grundrechte kennzeichnet.

Neben diesem weiteren Begriff der öffentlichen Verwaltung, der den gesamten Tätigkeitsbereich der juristischen Personen des öffentlichen Rechts umfaßt, der weder zur Gesetzgebung noch zur Rechtsprechung gehört, spricht man von öffentlicher Verwaltung auch in einem begrenzteren Sinne und meint damit nur die Tätigkeit, die sich unmittelbar die Verwirklichung des Gemeinwohles zum Ziel gesetzt hat oder sich in den Formen des öffentlichen Rechts bewegt. Außerhalb des Verwaltungsbegriffs bleibt dann die Fiskaltätigkeit, welche die Erzielung von Einnahmen zum Zweck hat.

Fraglich ist, ob die öffentliche Leistungstätigkeit, soweit sie in privatrechtlichen Formen erfolgt, insbesondere die Verkehrs- und Versorgungsunternehmen, zum Bereich der öffentlichen Verwaltung in diesem engeren Sinn und bei den Gemeinden zur Selbstverwaltung zählt. *Forsthoff*[33] ordnet diese Betätigungsformen dem von ihm geprägten Begriff der Daseinsvorsorge ein, worunter er die staatliche Aufgabe versteht, das vorzukehren, was für die Daseinsermöglichung des modernen Menschen ohne Lebensraum zur Versorgung erforderlich ist. Alles, was auf seiten der öffentlichen Verwaltung geschehe, um die Allgemeinheit oder nach objektiven Merkmalen bestimmte Personenkreise in den Genuß nützlicher und mitunter existenznotwendiger Leistungen zu versetzen, sei Daseinsvorsorge. *Forsthoff* zählt zur Daseinsvorsorge sowohl die hoheitliche Verwaltung, soweit sie bestimmungsgemäß dem einzelnen unmittelbar Leistungen und Vorteile zuwendet (insbesondere das Recht der öffentlichen Sachen und der nutzbaren öffentlichen Anstalten),

---

[31] *Hamann,* NJW 1957, 1422, *Maunz-Dürig,* GG Art. I Abs. 3, Anm. 135.

[32] *H. J. Wolff* a.a.O., S. 11, 80; *Siebert,* Festschrift für *Niedermeyer,* S. 215, Ipsen, DVBl. 1956, 461, 465; *Krüger* BB, 1953, 567; *Köttgen,* DVBl. 1955, 380; *Wertenbruch,* JuS 1961, 105; *Maunz-Dürig,* GG Art. I R-Nr. 134; *Koenigs,* JuS 1962, 342; BGHZ 29, 76, 80; 33, 230, 233; a. *A. Leisner,* Grundrechte und Privatrecht, S. 205. Für eine Anwendung der Grundrechte auf jede Art staatlicher Betätigung treten ein: *Mallmann* und *Zeidler,* VVDSt 19, 165 und 208; *Bogs,* BB 1963, 1269.

[33] Verwaltungsrecht, S. 320 ff, 359; Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, S. 6; vgl. auch *Hüttl,* Bay. Bgm. 1955, 122; Bay.VBl. 1956, 324.

als auch die dem gleichen Zweck dienende bürgerlich-rechtliche Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand, die er von der erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Betätigung unterscheidet. Da die Daseinsvorsorge zu den Obliegenheiten, die notwendig von der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen seien, also zu den Verwaltungsgeschäften dem Wesen nach gehöre, könne es auch nicht darauf ankommen, ob die öffentliche Aufgabe durch die Hoheitsverwaltung, durch Eigenbetriebe oder Eigengesellschaften der öffentlichen Hand wahrgenommen werde; in jedem Fall handle es sich um Verwaltungsgeschäfte des Muttergemeinwesens[34].

Privatunternehmen, die sich auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge betätigen, faßt *Forsthoff* als funktionell der daseinsversorgenden Verwaltung angeschlossen auf, wenn ihnen durch die Gesetzgebung oder Verträge öffentlich-rechtliche Bindungen und Verpflichtungen auferlegt sind, die eine den sozialen und wirtschaftspolitischen Erfordernissen der Daseinsvorsorge angemessene Geschäftsgebarung sicherstellen sollen.

Huber[35] sieht die Verkehrs- und Versorgungsbetriebe, gleichgültig in wessen Hand sie sich befinden, als beliehene Unternehmen an und rechnet sie daher zur öffentlichen Verwaltung. Der Staat habe sich zwar die Erfüllung der Verkehrs- und Versorgungsaufgaben nicht vorbehalten, er besitze jedoch ein Verleihungsrecht in Form der zum Betrieb dieser Unternehmen erforderlichen »Wegekonzession«, die sich als Wirtschaftskonzession auswirke. Zwar liege in der Benutzung der Wegekonzession zu einer administrativen Kontrolle der Versorgungsunternehmen nicht nur wegerechtlicher Art ein Ermessensmißbrauch, dieser sei jedoch gewohnheitsrechtlich legalisiert. Darüber hinaus bezeichnet er auch die Energieversorgungskonzession als echte Wirtschaftskonzession[36].

In der Rechtsprechung hat der BayVfGH[37] sich für die Auffassung der Versorgungswirtschaft als öffentliche Daseinsvorsorge erklärt und diese Unternehmen von den Vorschriften des Art. 75 Abs. 1 und 2 BayGO, die die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden beschränken, ausgenommen.

---

[34] Auch *H. J. Wolff*, a.a.O., S. 11, rechnet die Energie- und Wasserversorgung zur öffentlichen Verwaltung, sofern sie von Organen der Gemeinwesen durchgeführt wird. Sowohl funktionelle als auch institutionelle Kriterien sind auch nach *Köttgen*, Gemeindliche Daseinsvorsorge, S. 8, maßgeblich.

[35] Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. I, S. 565, vgl. auch S. 549 und 533.

[36] a.a.O., S. 539. Ähnlich *Friesenhahn*, Elektrizitätswirtschaft 1957, 12, 22.

[37] Bay.VBl. 1958, 51.

Gegen den Begriff der Daseinsvorsorge haben sich namentlich *Maunz*[38] und *Fischerhof*[39] ausgesprochen[40]. *Maunz* bezeichnet den Begriff »Daseinsvorsorge« als wissenschaftliche Idee ohne verbindlichen (normativen) Charakter[41]; denn den mannigfaltigen und vielschichtigen Tätigkeiten und Leistungen, die nur durch den Zweck zusammengehalten würden, den Bürgern nützliche, mitunter notwendige Leistungen darzubringen, fehle es an Gemeinsamkeiten, die eine einheitliche juristische Behandlung rechtfertigten. Unter den Begriff müßte wegen seiner mangelnden Bestimmtheit auch der gesamte Lebensmittel- und Kleidungseinzelhandel, der Wohnungsbau u. dgl. fallen[42]. Eine Zuordnung der Daseinsvorsorge zum öffentlichen Recht sei verfehlt, weil eine ausschließlich vom öffentlichen Recht beherrschte und von der öffentlichen Verwaltung getragene Daseinsvorsorge zu einer totalen Abhängigkeit von der staatlichen Macht trotz Bestehens der Freiheitsrechte führen könne[43]. Durch die Gliederung der DGO 1935 sei eine strenge Trennung von Wirtschaft und Verwaltung vorgezeichnet, woraus zu folgern sei, daß die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden nicht zur Selbstverwaltung gehöre. Die Daseinsvorsorge zähle zur Wirtschaft, die nur die Besonderheit aufweise, dem Allgemeininteresse stärker verpflichtet zu sein als andere Wirtschaftszweige.

Auch die Auffassung der Versorgungsunternehmen als beliehene Unternehmen erfährt bei *Maunz* und *Fischerhof* Ablehnung, da die Annahme eines beliehenen Unternehmens die Übertragung von Hoheitsbefugnissen voraussetze, woran es hier fehle. In einem gewohnheitsrechtlich legalisierten Rechtsmißbrauch könne auch der zur Begründung eines beliehenen Unternehmens erforderliche gesetzlich fundierte Verwaltungsakt nicht erblickt werden. Der Konzessionsvertrag stelle aber auch nur eine privatrechtliche Vereinbarung dar, keine Wirtschaftskonzession. Auch das EnergG enthalte eine solche Konzession nicht, sondern lediglich Vorschriften zur Verhütung von Mißbräuchen wie die GewO; insbesondere stelle auch § 5 EnergG

---

[38] Verw.Arch. 50, 315.

[39] DÖV 1957, 305; 1960, 41, dagegen Fischer, Bay.Bgm. 1960, 149.

[40] Vgl. auch *Ballerstedt,* BB 1958, 125; *Schuler,* Energiewirtschaftliche Tagesfragen 1958/59, 148; *Depenbrock,* Die Stellung der Kommunen in der Versorgungswirtschaft, S. 52; *Stern,* Bay.VBl. 1962, 129; *Haas,* Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts als Wettbewerbsunternehmen, S. 149.

[41] Vgl. auch *Sieder-Zeitler,* Bay. Straßen- und Wegegesetz, Art. 40, Anm. 4.

[42] Vgl. *Dietz,* Energiewirtsch. Tagesfragen 1959/60 S. 151.

[43] Umgekehrt unterstellen *Eyermann-Fröhler* VwGO, § 40, Anm. 51, die Daseinsvorsorge gerade wegen ihrer Lebensnotwendigkeit dem öffentlichen Recht.

keine Betriebskonzession, sondern nur eine volkswirtschaftliche Leitungsmaßnahme und ein staatliches Kontrollfilter dar[44].

Aus dem dargelegten Streitstand wird deutlich, daß die Frage der Zuordnung der Unternehmen der Daseinsvorsorge zur öffentlichen Verwaltung nicht nur terminologische Bedeutung hat. Das zeigt sich namentlich bei folgenden Fragenkreisen, auf die im Verlauf der Arbeit näher einzugehen sein wird:

a) Gelten für die Zulässigkeit der eigenwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge besondere Regeln und gebührt den Unternehmen der öffentlichen Hand ein Vorzug im Wettbewerb vor gleichartigen Privatbetrieben?

b) Bedingt die Zuordnung zur Daseinsvorsorge die Einbeziehung in das öffentliche Recht und sind insbesondere die Leistungsverhältnisse und das Verhältnis zu den Mitbewerbern öffentlich-rechtlich?

c) Sind etwaige besondere Rechtsbindungen, die sich aus der Allgemeinbedeutung dieser Wirtschaftszweige ergeben, dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zu entnehmen?

Es kann daher an der näheren Prüfung des Begriffs der Daseinsvorsorge nicht vorbeigegangen werden.

Dabei fragt es sich zunächst, ob öffentliche Verwaltung und öffentliche Wirtschaft Gegensätze bilden, die einander ausschließen. Die Vertreter der Trennungstheorie[45] gehen davon aus, daß sich die öffentliche Verwaltung im Gegensatz zur Wirtschaft durch den Grundsatz der Fürsorge und Rücksichtnahme kennzeichne. Es läge keine wechselseitige Verbindung von Leistung und Gegenleistung wie bei der Privatwirtschaft vor, sondern die eigene Leistung der Verwaltung stehe im Vordergrund. So treffend damit die Typenmerkmale von öffentlicher Verwaltung und der Wirtschaft gekennzeichnet sein mögen, es kann doch nicht übersehen werden, daß die Rechtsentwicklung mehr und mehr dazu führt, daß öffentliche Aufgaben durch die Teilnahme der öffentlichen Hand am Wirtschaftsleben erfüllt werden und daß

---

[44] Ähnlich *Stern*, AöR 84, 137, 153; vgl. *Eiser-Riederer*, Energiewirtschaftsrecht, Energ. G VIII, S. 14.

[45] *Köttgen*, Die erwerbsw. Betätigg. der öffentlichen Hand, S. 14; anders DVBl. 1957, 441 und DJT-Festschrift, S. 590. Für eine Unterscheidung zwischen Hoheitsverwaltung als im Typus richterlicher Tätigkeit und Nichthoheitsverwaltung als kaufmännischer Tätigkeit: *Bullinger*, DÖV 1960, 746.

umgekehrt verschiedentlich öffentlichen Anstalten (z. B. der Bundespost[46]) planmäßige Gewinnwirtschaft zugebilligt wird. Die Ausklammerung der eigenwirtschaftlichen Betätigung aus dem Bereich der öffentlichen Verwaltung geht an den Gegebenheiten des Rechtslebens vorbei.

Allerdings ist *Maunz* und *Fischerhof* darin Recht zu geben, daß die Zugehörigkeit der Daseinsvorsorge zur öffentlichen Verwaltung nicht damit begründet werden kann, es handle sich um beliehene Unternehmen. Die Auffassung der Wegebenutzungserlaubnis als öffentlich-rechtliche Wirtschaftskonzession dürfte durch die privatrechtliche Regelung der neuen Straßen- und Wegegesetze (BFStrG und BayStrWG) überholt sein[47]. Auch aus dem EnergG ist eine solche Konzession nicht schlüssig zu entnehmen. Die dort vorgesehenen Genehmigungen und Eingriffsmaßnahmen lassen sich vielmehr zwangloser als Maßnahmen der Gewerbeaufsicht und Wirtschaftslenkung verstehen. Das Fehlen einer ähnlichen Genehmigungsbedürftigkeit auf dem Gebiet der Wasserversorgung müßte auch zu einer unterschiedlichen Behandlung dieser zusammengehörigen Wirtschaftszweige führen. Es kann ferner *Huber* nicht darin zugestimmt werden, daß die Erfüllung einer öffentlichen Versorgungsaufgabe nur mit staatlicher Beleihung zulässig wäre. Dort, wo Privatpersonen keine hoheitlichen Wirtschaftsbefugnisse übertragen werden, dürfte der Begriff des beliehenen Unternehmens nicht am Platze sein. Ob bei der Übertragung von Aufgaben der Ordnungsverwaltung auch ohne Hoheitsbefugnisse beliehene Unternehmen anzunehmen sind, kann hier dahinstehen. Auch die zahllosen gemeinnützigen Privatunternehmen erfüllen zum großen Teil öffentliche Versorgungsaufgaben, ohne daß eine Wirtschaftskonzession nachweisbar wäre[48].

Es kommt also darauf an, ob die besondere öffentliche Aufgabe, welche die Unternehmen der Daseinsvorsorge erfüllen, in Verbindung mit der öffentlich-rechtlichen Eigenschaft der Unternehmensträger dazu hinreicht, sie zur öffentlichen Verwaltung zu zählen, und eine genügend klare Abgrenzung des Begriffs Daseinsvorsorge ermöglicht. Das ist m. E. nur dann zu bejahen, wenn man die Tätigkeit der Daseinsvorsorge als Unterart der Wirtschaftsintervention auffaßt: Die öffentliche Wirtschaft gehört nur dann zur Daseinsvorsorge, wenn sie dazu bestimmt und geeignet ist, Mißstände und Gefahren

---

[46] Vgl. § 20 PostVerwG. Daß die gegenwärtigen Verhältnisse eine Gewinnerzielung nicht gestatten, ändert hieran nichts.

[47] *Sieder-Zeitler,* Bayer. Straßen- und Wegegesetz, Art. 22, Anm 16.

[48] Zu dieser Problematik ausführlich: *Vogel,* Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand.

für die Versorgung der Bürger zu verhüten, die – auf die Dauer gesehen[49] – zu befürchten wären, wenn ihre Durchführung der Privatwirtschaft überlassen wäre.

Daß eine Intervention im Einzelfall erforderlich ist, und ihr Ziel nur durch die eigenwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand erreicht werden kann, gehört dagegen nicht zum Begriff der Daseinsvorsorge als Bestandteil der öffentlichen Verwaltung. Es ist anerkannt, daß die Maßnahme eines Gemeinwesens ihre Zugehörigkeit zur öffentlichen Verwaltung nicht einbüßt, wenn sie zur Wahrung des öffentlichen Interesses nicht erforderlich ist oder wenn das gleiche Ziel auch auf andere Weise (z. B. durch Abschluß eines Konzessionsvertrags mit einem privaten Unternehmen) erreicht werden könnte[50]. Ob und wie ein öffentlicher Verband zur Wahrung seiner Aufgaben tätig werden will, steht weitgehend in seinem Ermessen. Daß die unter demokratischer Kontrolle stehenden Gemeinwesen grundsätzlich am besten geeignet sind, das Gemeinwohl zu verwirklichen, kann nicht ernstlich bezweifelt werden. Freilich ist die Interventionseignung nicht in allen Fällen gegeben, z. B. nicht im Rundfunk- und Fernsehwesen[51].

Eine Interventionsaufgabe wird weiter nur dann verfolgt, wenn ein intervenierendes Einschreiten des öffentlichen Wirtschaftsträgers nach Sachlage überhaupt möglich ist und notwendig werden kann. Nicht zur Daseinsvorsorge zählen daher z. B. staatliche Landgüter, eine städtische Bäckerei und dgl., obwohl sie Versorgungsaufgaben erfüllen. Denn die Versorgung mit Lebensmitteln kann nach unserer Wirtschafts- und Verfassungslage[52] der Privatwirtschaft überlassen bleiben, ohne daß wegen einer Abhängigkeit der Allgemeinheit von jedem einzelnen Unternehmen Gefahren für die Versorgung entstünden[53]. Es kann auch nicht gegen den Begriff der Daseinsvorsorge eingewendet werden, während der Kriegszeit hätte der gesamte Lebensmittelhandel zur Daseinsvorsorge gerechnet werden müssen: Die Verteilung erfolgte nicht nach den Plänen und Entschlüssen des Handels, sondern auf Grund des staatlichen Bezugskartenwesens. Lediglich darin ist eine Interventionsmaßnahme zu erblicken. Genauso wenig macht eine staatliche Preis-

[49] Die Möglichkeit von Krisen darf nicht außer acht bleiben.

[50] Vgl. z. B. RGZ 158, 261; BGH NJW 1956, 711 (für Hoheitsverw.).

[51] BVGE 12, 262.

[52] *Wolff*, Verwaltungsrecht I, S. 11.

[53] *Kratzer* (Bay.VBl. 1962, 133) weist zutreffend darauf hin, daß beim Ausfall eines einzigen Unternehmens der Daseinsvorsorge eine empfindliche Beeinträchtigung der Belange der Allgemeinheit eintritt.

regelung die davon betroffenen Gewerbezweige zu Unternehmen der Daseinsvorsorge.

Eine öffentliche Intervention durch eigene Wirtschaftstätigkeit kann erfolgen namentlich zur Verhütung von Monopolmißbrauch, wo natürliche Monopole infolge Netzgebundenheit der Leistung[54] bestehen: Energie- und Wasserversorgung, öffentlicher Verkehr, oder zur Ergänzung der Versorgung der Bürger, wo private Kapazitäten nicht ausreichen, z. B. öffentliche Schulen, Theater, Krankenhäuser, insbesondere auch da, wo aus sozialen Gründen die Leistung unter Selbstkosten gewährt werden muß.

In der Regel besteht nur eine Verpflichtung des Staates und der Gemeinden, sicherzustellen, daß gemeinschaftswichtige Leistungen überhaupt zuverlässig und zu vertretbaren Bedingungen den Bürgern zur Verfügung stehen, nicht aber zur Gewährung wirtschaftlicher Güter und Leistungen in eigener Regie[55]. Der Staat und die sonstigen Gemeinwesen sind aber, wie noch näher darzulegen sein wird, zur Daseinsvorsorge im Rahmen der Gesetze berechtigt. Sie erfüllen dann eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung. Da öffentliche Verwaltung und Wirtschaft keine unvereinbaren Gegensätze sind, spricht gegen die Zuordnung der Daseinsvorsorge zur öffentlichen Verwaltung nicht der Umstand, daß die öffentlichen Aufgaben mit wirtschaftlichen Mitteln erfüllt werden, und daß (soweit der Interventionszweck und die besonderen Bindungen, denen die öffentliche Hand zu seiner Wahrung unterliegt, nicht entgegenstehen) die Wirtschaftsgebarung der öffentlichen Leistungsträger sich nicht wesentlich von derjenigen der Privatwirtschaft unterscheiden mag.

Die Daseinsvorsorge ist echte Wirtschaft – »gemeinnützige« oder Erwerbswirtschaft – und gleichzeitig, soweit die öffentliche Wirtschaftsintervention in Betracht steht, öffentliche Verwaltung (mit bürgerlichrechtlichen oder hoheitlichen Mitteln[56]). Es überschneiden sich also privatwirtschaftliche, »fiskalische« Interessen der öffentlichen Hand mit den öffentlichen Interessen, die sie als Hoheitsträger ebenfalls wahrzunehmen hat[57]. Diese Überlagerung von öffentlicher Verwaltung und Wirtschaft wird deutlich bei den besonderen Bindungen, denen die daseinsvorsorgende Verwaltungswirtschaft im Ver-

---

[54] Vgl. *Ritschl*, Öffentliche Wirtschaft Nr. 5, 1955, S. 14.

[55] *Zeiß*, DÖV 1958, 201; Bay. VGH, BayVBl. 1955, 59; OVG Berlin, DÖV 1958, 710.

[56] Die Frage, ob die Daseinsvorsorge (gemeindliche) Verwaltung *oder* Wirtschaft darstellt, erscheint daher falsch gestellt.

[57] Vgl. BGHZ 15, 113, 118.

hältnis zu den Bürgern unterliegt: Sie gehören dem öffentlichen Recht an, insbesondere gelten die Grundrechte und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit[58]. Im Gegensatz zu privaten Unternehmen, die nur insoweit zur Wahrnehmung der Belange der Allgemeinheit verpflichtet sind, als Gesetze oder Konzessionsverträge ihnen Bindungen auferlegen, gilt für Betriebe der öffentlichen Daseinsvorsorge Art. 20 GG. Die Berücksichtigung sozialer Belange wird ihnen dadurch in besonderem Maße zur Pflicht gemacht. Die Pflichtgebundenheit der Betriebe der Daseinsvorsorge geht demnach über die privater Träger hinaus.

Die umstrittene Frage, ob auch Eigengesellschaften und gemischtwirtschaftliche Unternehmen zur Daseinsvorsorge zählen[59], kann nicht nur nach der Höhe der Beteiligung der öffentlichen Hand entschieden werden[60]. Es kommt darauf an, ob die Gesellschaften zur Intervention nach dem Willen des Muttergemeinwesens benutzt werden können oder nicht, also z. B. inwieweit nach Gesetz[61] und Verfassung der Gesellschaft eine Einwirkungsmöglichkeit des Gemeinderats auf die Wahrung öffentlicher Belange durch die Geschäftsführung des Unternehmens rechtlich gesichert ist[62].

Den Begriff der Daseinsvorsorge kann man somit als öffentliche Intervention[63] auf dem Gebiet der Versorgungswirtschaft – im weitesten Sinn – zugunsten der Leistungsempfänger durch eigenwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand definieren. Daseinsvorsorge ist weitgehend mit dem oben gebrauchten Begriff »öffentliche Leistungstätigkeit« gleichbedeutend. Den Begriff der Daseinsvorsorge kann man aber auch in einem engeren Sinn verstehen. Während im Bereich der soeben erörterten Daseinsvorsorge im weiteren Sinn Unternehmen der öffentlichen Hand und Privatunternehmen grundsätzlich gleichberechtigt gegenüberstehen, kennzeichnet sich die engere Auffassung dadurch, daß die eigenwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand den öffentlichen Versorgungszweck im konkreten Einzelfall tatsäch-

---

[58] Vgl. oben bei Fußnote 32.

[59] Bezügl. Eigengesellschaften grundsätzlich verneinend *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 359, anscheinend bejahend dagegen S. 457; vgl. *Köttgen*, Gemeindliche Daseinsvorsorge, S. 60 und 81.

[60] Die Bedenken *Bachofs* gegen den Begriff der Daseinsvorsorge, AöR 83, 208, 228 sind also nicht stichhaltig. Siehe auch VVDSt. 19, 250 ff.

[61] BGHZ 36, 305; *Ipsen*, JZ 1955, 593.

[62] *Köttgen*, Gemeindliche Daseinsvorsorge, S. 81.

[63] Mit Wirtschaftslenkung hat Daseinsvorsorge aber nichts zu tun *(Köttgen* a.a.O., S. 85).

lich besser und wirtschaftlicher als die Privatwirtschaft erfüllt[64], so daß die potentielle Intervention zur aktuellen wird. Inwieweit der Vorrang in der Erfüllung des öffentlichen Zwecks dann auf das wettbewerbsrechtliche Verhältnis der öffentlichen und privater Unternehmen einwirkt, wird im Verlauf der vorliegenden Untersuchung näher zu prüfen sein. Zunächst muß aber die Möglichkeit und das Bestehen von Wettbewerb zwischen der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft in grundsätzlicher Hinsicht umrissen werden.

III. Die eigenwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Wettbewerb mit der Privatwirtschaft

1. Das Auftreten von Wettbewerb

Unter Wettbewerb ist das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter und Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen zu verstehen[65]. Ein Wettbewerbsverhältnis zwischen der öffentlichen Hand und privaten Unternehmen hat also folgende Voraussetzungen: 1. Die öffentliche Hand und die Privatwirtschaft müssen wirtschaftliche Leistungen in dem schon bezeichneten Sinn erbringen. Gleichgültig ist, ob es sich um Bedarfsgüter oder ideelle Leistungen (z. B. Unterricht) handelt. 2. Es muß für beide ein Markt vorhanden sein. Regiebetriebe, die lediglich den eigenen Bedarf der öffentlichen Hand decken, ohne auch Waren oder Leistung an Dritte abzugeben, stehen nicht im Wettbewerb (z. B. eine Reparaturwerkstatt zur Ausbesserung der Fahrzeuge eines städtischen Fuhrparks, eine Staatsdruckerei). 3. Die öffentliche Hand und Privatunternehmen beeinflussen sich dann im Wirtschaftserfolg, wenn der Markt für ihr Angebot ganz oder teilweise der gleiche ist. Die angebotenen Waren oder Leistungen können auch dann in Wettbewerb miteinander stehen, wenn sie nicht gleichartig sind, sondern den gleichen Teil der Kaufkraft beanspruchen würden (heterogener Wettbewerb[66]). 4. Es muß eine Geschäftsverbindung

---

[64] *Fröhler,* Bay.VBl. 1956, 135 und *Hamann,* Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 67 ff, erkennen nur diese Unternehmen als solche der Daseinsvorsorge an. Dagegen mit Recht *Masson,* Bay.VBl. 1956, 327.

[65] *Fikentscher,* Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 31 ff, 39, 40; vgl. *Baumbach-Hefermehl,* a.a.O., Allg., Anm. 2.

[66] *Baumbach-Hefermehl,* Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, UWG, Einl., Anm. 134.

zu den Abnehmern zustande kommen und Voraussetzung der Leistung sein. Ein Wettbewerb fehlt daher, wo der Leistungsträger seine Leistung ohne Anknüpfung einer Geschäftsbeziehung zum Leistungsempfänger erbringen kann. Es besteht daher z. B. kein Wettbewerb zwischen der Polizei und einer privaten Wach- und Schließgesellschaft hinsichtlich der Bewachung eines privaten Anwesens, obwohl die Tätigkeit beider auf das gleiche Ergebnis abzielt. Zwar wird die private Gesellschaft nur auf Grund eines Auftrags des Grundstücksbesitzers tätig, die Polizei ist jedoch an einen solchen nicht gebunden. Wenn die Polizei die Zahl ihrer Dienstkräfte erhöht und dadurch die private Gesellschaft ihre Kunden verliert, so liegt darin keine Wettbewerbshandlung. Die für ein Wettbewerbsverhältnis erforderliche Kundenbeziehung wird in der Regel im Abschluß eines privatrechtlichen Vertrags bestehen. Es kann sich aber auch um einen Antrag auf Gewährung einer öffentlich-rechtlichen Leistung, ja um die bloße Entgegennahme eines unentgeltlichen Vorteils handeln (z. B. die Verwaltung versendet belehrende Broschüren an die Haushaltungen). 5. Der Leistungsempfänger muß die Wahl zwischen der Leistung der öffentlichen Hand oder der Privatwirtschaft haben. Daher fehlt ein Wettbewerb grundsätzlich da, wo öffentliche Monopole (tatsächlicher oder rechtlicher Art) vorliegen. Heterogener Wettbewerb ist aber auch hier möglich, z. B. zwischen monopolisierten Zündwaren und Feuerzeugen, zwischen elektrischer Energie, die die öffentliche Hand liefert, und den Erzeugnissen eines privaten Gaswerks oder Heizöl[67]. 6. Wettbewerb setzt weiter ein Streben nach Geschäftsverbindungen voraus. Es besteht deshalb kein Wettbewerb zwischen Gerichten und Notaren, soweit beide für Beurkundungen zuständig sind, weil wohl keiner der Beteiligten seine Tätigkeiten auf Kosten des anderen ausdehnen will[68]. Ein Wettbewerb fehlt deshalb auch zwischen der Sozialversicherung und privaten Versicherungen, soweit den Versicherten ein Wahlrecht zusteht, weil nur die Privatunternehmen die Zahl ihrer Abnehmer erhöhen wollen. Dagegen ist das Streben nach Wirtschaftserfolg nicht mit Erwerbsstreben zu verwechseln. Auch solche Unternehmen, die keine Gewinnabsicht verfolgen, können in Wettbewerb

[67] Ein Wettbewerbsverhältnis besteht auch zwischen einer Rundfunkanstalt und einer privaten Filmgesellschaft, die den Titel einer Fernsehsendung für einen Spielfilm übernimmt. (OLG Hamburg, UFITA Bd. 27 S. 77, 82 [1959]) und zwischen dem Rundfunk und privaten Filmtheaterbesitzern, die Sportsendungen auf die Leinwand ihrer Lichtspieltheater übertragen (OLG Hamburg in GRUR 1961, 100 und BGHZ 37, 1, 17).

[68] Vgl. aber BVG in NJW 1960, 1659 (»Konkurrenz« zwischen hess. Ortsgerichten und Notaren).

stehen[69]. Die Geschäftsverbindung braucht nicht deswegen gesucht zu werden, um Gewinn zu erzielen, oder aus einem wirtschaftlichen Expansions- und Machtstreben heraus, es genügt das Ziel, einer Leistung im öffentlichen Interesse eine möglichst weite Verbreitung zu sichern, wenn das nur auf Kosten privater Konkurrenzleistungen möglich ist. Es ist für die Merkmale des Wettbewerbs nicht entscheidend, ob hinter dem Wirtschaftsverhalten als Triebfeder das Erwerbsstreben oder der Wille zur Verwirklichung des Gemeinwohls steht. Daher kann auch zwischen Anstaltsbetrieben und der Privatwirtschaft ein Wettbewerbsverhältnis bestehen[70]. 7. Nicht maßgeblich ist auch die Art der Organisation – öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich –, innerhalb welcher die eigenwirtschaftliche Betätigung erfolgt. Für die Frage, ob Wettbewerb gegeben ist, entscheidet die wirtschaftliche Funktion der Tätigkeit; Wettbewerb ist in erster Linie ein wirtschaftlicher Tatbestand.

2. *Die Sonderstellung der öffentlichen Hand im Wettbewerb*

Die Teilnahme der öffentlichen Hand am Wirtschaftsleben wirft deshalb besondere Probleme auf, weil die öffentliche Hand im Wettbewerbskampf mit der Privatwirtschaft – verallgemeinert – eine Überlegenheit aufweist, die nicht auf ihrer eigenen Leistung beruht, sondern mit ihrer Eigenschaft als öffentlicher Rechtsträger zusammenhängt. Es soll im folgenden kurz umrissen werden, worauf sich diese Vorzugsstellung gründet und wie sie sich im einzelnen auswirkt[71].

In zahlreichen Fällen hat der Gesetzgeber der öffentlichen Hand für ihre eigenwirtschaftliche Betätigung Vorteile eingeräumt. Der Wettbewerb kann entweder im fiskalischen Interesse des Staates oder zugunsten von Unternehmen mit überragender Bedeutung für die Allgemeinheit entweder völlig ausgeschlossen oder beschränkt sein.

Ein Ausschluß jeden Wettbewerbs liegt bei den rechtlichen Monopolen vor, z. B. beim Postmonopol oder bei den Finanzmonopolen. Eine wirtschaft-

---

[69] Mit Recht betont *Köttgen*, DJT-Festschrift, S. 593, daß das Gewinnstreben nur Naturale, nicht aber juristisches Essentiale eines Unternehmens sei. Für den Wettbewerbsbegriff gilt das Entsprechende.

[70] a. A. *Köttgen*, VVDSt. 6, 105, 132 und Gemeindliche Daseinsvorsorge, S. 62; ähnlich DJT-Festschrift, S. 596: Die Gemeindewirtschaft diene nicht der Deckung eines bei jedermann provozierten Bedarfs, sondern nur des Bedarfs der Gemeindeeinwohner. Wettbewerb tritt aber auch da auf, wo ein Unternehmen seine Geschäftstätigkeit räumlich beschränkt, wenn es nur in seinem Geschäftsbereich Konkurrenten hat.

[71] Vgl. auch *Schwierholz*, Das Rechtsschutzproblem der Privatwirtschaft gegen die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand, S. 36.

liche Betätigung ist Privatpersonen auf diesen Gebieten untersagt, soweit sich das staatliche Regal erstreckt[72]. Daß aber selbst Monopolwaren mit nichtmonopolisierten Surrogaterzeugnissen im Wettbewerb stehen können, wurde schon erwähnt. Eine einem rechtlichen Monopol ähnliche Wirkung für private Unternehmen hat auch der Anschluß- und Benutzungszwang, der nach den Gemeindeordnungen der Länder eingeführt werden kann (z. B. Art. 24 Abs. 1 Nr. 2 BayGO). Zwar ist hier die Betätigung auf dem betreffenden Gebiet (z. B. der Betrieb eines Wasserwerks, wo Benutzungszwang für die gemeindliche Wasserleitung besteht) einer Privatperson nicht untersagt, sie würde aber für die Leistungen ihres Unternehmens keine Abnehmer finden, außer gegebenenfalls die Gemeinde selbst[73].

Eine Beschränkung des Wettbewerbs entsteht auch dort, wo rechtmäßigerweise gefordert werden darf, daß eine bestimmte Leistung von oder über eine öffentliche Körperschaft bezogen werden muß. Eine solche Verpflichtung kann den Bürgern in einem besonderen Gewaltverhältnis auferlegt werden, z. B. den Schülern einer öffentlichen Lehranstalt die Verpflichtung zum Bezug eines Lehrbuchs, das von der Schule für alle Schüler gemeinschaftlich angeschafft wird.

Neben diesen Fällen des mehr oder weniger weitgehenden Ausschlusses des Wettbewerbs sind Regelungen möglich, die zwar eine Betätigung privater Unternehmen zulassen, aber durch kartellartige Bindungen zugunsten der öffentlichen Hand einen Wettbewerb einschränken. So begrenzt z. B. das Güterkraftverkehrgesetz den Wettbewerb zwischen Schiene und Straße zugunsten der Bundesbahn.

Andere gesetzliche Bevorzugungen der öffentlichen Hand sind weitgehend abgebaut. Das gilt namentlich für Steuervergünstigungen der erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Betätigung[74].

Nur in seltenen Fällen gewähren Rechtsvorschriften öffentlichen Unternehmen die Befugnis, bei ihrem Geschäftsbetrieb die Mithilfe von Staatsbehörden in Anspruch zu nehmen. Rechtliche Vorteile könnten auch darin erblickt werden, daß öffentliche Unternehmen befugt sind, hoheitliche Organisationsformen einzusetzen, z. B. sich für die Entgelte ihrer wirtschaftlichen Betätigung der Verwaltungsvollstreckung zu bedienen, ohne Klage erheben zu müssen. Indessen wird aber nicht selten gerade die öffentlich-

[72] *Huber,* Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 480.

[73] Vgl. dazu Bay. VGH in Bay.VBl. 1961, 220.

[74] Übersicht bei *Frentzel,* Die gewerbliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 36.

rechtliche Regelung als Belastung empfunden[75]. Einen Vorzug kann unter Umständen auch die Befugnis, Beamte zu beschäftigen, bieten (z. B. weil diese kein Streikrecht haben); deren Unkündbarkeit kann aber auch einen Nachteil für das öffentliche Unternehmen darstellen.

Zusammenfassend wird man feststellen können, daß die gesetzlichen Bevorrechtigungen der öffentlichen Hand außerhalb der Monopole nicht so erheblich sind, daß sie die Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen ernstlich gefährden würden. Etwas anderes gilt für die Vorteile im Wettbewerb, die auf tatsächlichem Gebiet liegen.

Die nahe Beziehung zum Staat berührt die finanzielle Grundlage der öffentlichen Unternehmen. Da der Staat über die Abgabenmittel verfügt, bereitet ihm die Aufbringung des Kapitals zur Gründung oder Übernahme eines Unternehmens nicht die gleichen Schwierigkeiten wie einem privaten Unternehmer. Ein öffentliches Unternehmen wird unter Umständen Staatskredite und -bürgschaften leichter und zu günstigeren Zinssätzen erlangen als ein Privatunternehmen. Soweit Staatsaufträge freihändig vergeben werden, kommen sie möglicherweise öffentlichen Unternehmen vorzugsweise zugute. Sollte ein öffentliches Unternehmen in eine Krise geraten, so kann es mit Sicherheit damit rechnen, vom Staat oder dem sonstigen Trägergemeinwesen saniert zu werden, denn der Staat wird nicht die Verluste, die ein Konkurs mit sich bringen würde, in Kauf nehmen. Das bedeutet aber Krisenfestigkeit und Unüberwindbarkeit der öffentlichen Unternehmen für den privaten Geschäftsgegner[76].

Es darf aber nicht übersehen werden, daß auch Privatunternehmen gegebenenfalls staatliche Sanierungshilfe zuteil wird. Es ist schlechterdings nicht mehr vorstellbar, daß Großunternehmen in privater Hand, z. B. Großbanken, zahlungsunfähig werden, ohne daß die öffentliche Hand sich in gleicher Lage befindet oder stützend und den Konkurs vermeidend eingreift[77]. Ein Unterschied besteht jedoch darin, daß die öffentliche Hand ihre eigenen Unternehmen allenfalls auch dann unterstützen wird, wenn nicht die Bedeutung des Unternehmens für die Gesamtwirtschaft, sondern nur fiskalische Gründe dies rechtfertigen.

Der Staat tritt also zuweilen mit überlegener Kapitalkraft als Träger eines Unternehmens privaten Mitbewerbern gegenüber. Dagegen erfreuen sich gemeindliche Unternehmen in der Regel nicht eines Kapitalüberflusses.

---

[75] Vgl. *Haas*, Bay.VBl. 1960, 180.

[76] Vgl. *Niebuhr*, Öffentliche Unternehmen und Privatwirtschaft, S. 59.

[77] Vgl. LG Göttingen in NJW 1960, 1465.

Nur gegenüber Klein- und Mittelbetrieben kann hier von einer finanziellen Überlegenheit gesprochen werden. Einen Machtzuwachs erlangt die öffentliche Hand auch dadurch, daß durch die Vereinigung von Unternehmen in der Hand einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft eine Art von Konzern entsteht[78].

Zu der finanziellen Überlegenheit kommt die tatsächliche Möglichkeit der öffentlichen Hand, aus ihrer Doppeleigenschaft als Wirtschaftsträger und Verwaltungskörperschaft Vorteile zu ziehen. Ihr stehen auf diese Weise Mittel und Wege für den Wettbewerb offen, die die Privatwirtschaft nicht zur Verfügung hat. Die Rechtmäßigkeit eines solchen Einsatzes der staatlichen Hoheitsgewalt zu prüfen, wird eine Aufgabe dieser Untersuchung sein.

Schließlich kommen der öffentlichen Hand in den Augen weiter Kreise gewisse Vorzüge mehr ideeller Art zu. Infolge der Sicherung vor wirtschaftlichem Zusammenbruch wird den Unternehmen der öffentlichen Hand oft mehr Vertrauen entgegengebracht als einem noch so gut geführten und ausgestatteten Privatunternehmen[79]. Man erwartet von der öffentlichen Hand auch ein besonderes Maß an Objektivität und die Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte.

Es liegt auf der Hand, daß die angedeuteten Vorteile der öffentlichen Unternehmen im Wettbewerb in ihrer Summierung dazu führen müßten, daß ein Leistungswettbewerb zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen unmöglich würde und durch immer stärkere Expansion der eigenwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand schließlich die Privatwirtschaft zurückgedrängt und auf einzelnen Gebieten ganz ausgeschaltet würde.

Bevor jedoch die Rechtsnormen einer Betrachtung unterzogen werden können, die der eigenwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand Grenzen setzen, muß zunächst versucht werden, Klarheit darüber zu gewinnen, inwieweit öffentliches Recht und Privatrecht für das Verhältnis zwischen der eigenwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft maßgeblich ist.

---

[78] *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. I, S. 521.

[79] Vgl. OLG München in MuW XXVII, 616, 619.

IV. Hoheitliche und bürgerlich-rechtliche Gestaltungsformen bei der eigenwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand

1. Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht bei der öffentlichen Wirtschaft

Ist an einem Rechtsverhältnis eine juristische Person des öffentlichen Rechts beteiligt, so stellt sich die Frage, ob öffentliches oder privates Recht anzuwenden ist. Auch bei der eigenwirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand bereitet die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht mitunter Schwierigkeiten. Dabei ist die Zuordnung der für die Regelung des Wettbewerbs maßgeblichen Rechtssätze zu einem der beiden Gebiete im allgemeinen nicht problematisch. Dagegen können Zweifel entstehen, ob ein bestimmter Sachverhalt, hier namentlich die Handlungen juristischer Personen des öffentlichen Rechts, unter öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Vorschriften zu subsumieren sind. Es geht also um die Trennung der hoheitlichen von der bürgerlich-rechtlichen Verwaltung, der Ausübung öffentlicher Gewalt von der Fiskaltätigkeit.

Die Frage, ob eine Handlung des Staats oder anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechts in Ausübung hoheitlicher Gewalt oder auf dem Boden des bürgerlichen Rechts vorgenommen wurde, taucht im Wettbewerbsrecht dann auf, wenn ein Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruch gegen jene Verwaltungsträger geltend gemacht werden soll. Danach bestimmt sich einmal, ob der Rechtsweg vor den ordentlichen oder den Verwaltungsgerichten (§§ 13 GVG bzw. 40 VwGO) zulässig ist; darüber hinaus ist die Unterscheidung aber auch bestimmend dafür, welches sachliche Recht zur Anwendung kommt. Diese Vorgreiflichkeit macht es erforderlich, die Trennung von öffentlichem und privatem Recht vorab der Betrachtung zu unterziehen.

Es wäre wenig damit gewonnen, die Vielzahl der Lösungsversuche, die dem Problem der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht gewidmet worden sind, hier einzeln anzuführen. Es soll nur auf die in der Gegenwart und für den Rahmen dieser Untersuchung bedeutsamsten Theorien hingewiesen werden.

a) Die Subjektionstheorie kennzeichnet das öffentliche Recht durch ein Verhältnis der Über- und Unterordnung der Beteiligten im Gegensatz zum Privatrecht, wo sich die Beteiligten gleichgeordnet gegenüberstehen. Sie wird

vom BGH in ständiger Rechtsprechung im Anschluß an das RG vertreten[80], und hat auch in der Rechtslehre weite Verbreitung gefunden[81].

b) Nach der Subjektstheorie ist öffentliches Recht das Recht, das die Verhältnisse der Gemeinwesen als solcher, zueinander und zu ihren Gliedern ordnet. Wo dagegen ein Gemeinwesen in Beziehungen tritt, die in gleicher Weise auch für einzelne Menschen vorkommen, liegt Privatrecht vor[82]. Diese Theorie ist von *H. J. Wolff*[83] fortgebildet worden, der diejenigen Rechtssätze dem öffentlichen Recht zuordnet, die nur Subjekte des öffentlichen Rechts berechtigen oder verpflichten oder die nur auf Grund eines Tatbestands berechtigen oder verpflichten, der nur einem öffentlich-rechtlichen Subjekt zurechenbar ist. Auf die hier in Frage stehende Unterscheidung von Handlungen der Verwaltungsträger angewendet, gilt, daß Träger und Organe hoheitlicher Gewalt dann in Ausübung öffentlicher Gewalt oder eines öffentlichen Amtes handeln, wenn sie auf Grund einer nicht jedermann (kraft Privatrechts), sondern ausschließlich ihnen (kraft öffentlichen Rechts) zustehenden Kompetenz tätig werden.

c) Nach der Interessentheorie dient das öffentliche Recht Zwecken der Allgemeinheit, das Privatrecht dagegen den Interessen der einzelnen. Ein Verwaltungsträger handelt dann hoheitlich, wenn er überwiegend öffentliche Interessen verfolgt, dagegen auf der Ebene des bürgerlichen Rechts, wenn er eigene (»egoistische«) Belange der juristischen Person verfolgt[84].

Vielfach wird in der Rechtslehre eine Verbindung der genannten Theorien angewendet, so kombiniert z. B. *v. Turegg*[85] die Gesichtspunkte der Subjektions- und Interessentheorie, *Siebert*[86] die Subjekts- und Subjektionstheorie. Das Bundesverwaltungsgericht[87] stellt dagegen auf die Natur der Sache ab, ohne sich einer bestimmten Lehrmeinung anzuschließen.

Die Unterscheidungskriterien können auch für das Gebiet des Wettbewerbs zu verschiedenen Ergebnissen führen, wie an Hand zweier umstrittener Fälle aus der neueren Rechtsprechung verdeutlicht werden soll.

---

[80] z. B. BGHZ 14, 227.

[81] z. B. *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 100; *Bachof*, AöR 83, 208, 228; *Obermayer*, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 56.

[82] *Enneccerus-Nipperdey*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allg. Teil, S. 225, 228.

[83] Verwaltungsrecht I, S. 78; AöR 76, 205.

[84] Vgl. *v. Turegg*, Verwaltungsrecht S. 36.

[85] a.a.O.

[86] DÖV 1959, 733.

[87] NJW 1958, 394; 1958, 2128.

Einer Entscheidung des KG[88] liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Ein privater Verlag gab eine »Einkommenssteuer« betitelte Broschüre zum Preis von 4,80 DM heraus. Das Bundesministerium der Finanzen ging dazu über, ebenfalls eine Steuerfibel von nahezu doppeltem Umfang herzustellen, die bei den Finanzämtern zum Preis von –,50 DM erhältlich war. Das Privatunternehmen erblickte darin unlauteren Wettbewerb und einen rechtswidrigen Eingriff in seinen Gewerbebetrieb, weil dieser Abgabepreis nicht einmal die Herstellungskosten decke. Das LG hatte durch einstweilige Verfügung den Vertrieb der amtlichen Steuerfibel untersagt. Das KG hielt den ordentlichen Rechtsweg nicht für gegeben. Es sah in dem Vertrieb einen Akt der staatlichen schlichten Hoheitsverwaltung, da es sich um eine Maßnahme der Daseinsvorsorge handle[89]. Dabei sei gleichgültig, ob der Vertrieb nach den Regeln des Zivilrechts durch Kaufvertrag erfolge, oder ob hierfür öffentliches Recht maßgeblich sei. Entscheidend sei, ob die Maßnahme funktionell zur Hoheitsverwaltung gehöre, nicht in welcher Form sie in Erscheinung trete. Die Herausgabe und der Vertrieb der Fibel ließen sich nicht von den übrigen hoheitlichen Aufgaben der Finanzverwaltung trennen. Das KG stellt sich also auf den Boden der Interessentheorie.

Schneider[90] geht in seiner Anmerkung zu dieser Entscheidung vom Standpunkt der Subjektionstheorie aus und legt dar, daß die Erwerber der Fibel den abgebenden Dienststellen nicht als Steuerpflichtige, Anstaltsbenutzer oder sonstige Gewaltunterworfene, sondern als freie Käufer gegenüberträten. Er hält daher den ordentlichen Rechtsweg für gegeben.

Der andere Fall betrifft den Ausschluß eines Privatunternehmens bei der Vergebung von Bauaufträgen auf Anweisung einer vorgesetzten Behörde durch die vergebende untere Verwaltungsbehörde. Das BVerwG[91] vertrat die Auffassung, der Ausschluß durch die Unterbehörde stelle keinen Verwaltungsakt dar, sondern nach der Natur der Sache eine private Entschließung, wie sie in der gleichen Weise auch ein Privatunternehmen vornehmen könne. Die Dienstanweisung der oberen an die untere Behörde gehöre dagegen dem öffentlichen Recht an und stelle eine Hoheitshandlung dar. Mit dieser letzten Auffassung befindet sich das BVerwG in Überein-

---

[88] GRUR 1957, 298.

[89] Ebenso: *Rupp*, DVBl. 1958, 113; *Tetzner*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, § 1, Anm. 15, Fußnote 27.

[90] NJW 1957, 1076.

[91] NJW 1958, 394.

stimmung mit einer früheren Entscheidung des BGH[92], der über die Klage eines Unternehmens auf Widerruf der in einer solchen Anweisung enthaltenen angeblich kreditgefährdenden Behauptungen zu befinden hatte, und den ordentlichen Rechtsweg für unzulässig hielt, weil Ausübung öffentlicher Gewalt vorliege. Der BGH stellt in seiner Entscheidung jedoch fest, daß auch die tatsächliche Ausschließung des Unternehmens durch die vergebende Behörde einen Hoheitsakt darstelle, weil diese die obrigkeitliche Willensäußerung enthalte, daß der Kläger nicht mehr die Voraussetzungen zur Berücksichtigung bei Vergebung öffentlicher Aufträge erfülle. Insoweit besteht also eine Divergenz der höchstrichterlichen Rechtsprechung zwischen BGH und BVerwG.

Während in den beiden genannten Fällen ein wettbewerbserhebliches Verhalten unmittelbar von Behörden ausging, sind die überwiegend in der Rechtsprechung und Literatur erörterten Fälle so gelagert, daß Träger von Wettbewerbshandlungen privatrechtlich organisierte Unternehmen oder öffentlich-rechtliche Körperschaften oder Anstalten sind. Als Beispiel sei die Streitfrage angeführt, ob die Veranstaltung von Werbesendungen durch Rundfunk und Fernsehen als hoheitliche oder privatrechtliche Betätigung der Rundfunkanstalten zu gelten habe. Das OLG München[93] hat die Auffassung vertreten, das Senden sei an sich rechtlich neutral, erst aus dem Inhalt dessen, was gefunkt werde, ergebe sich, ob der Sendung hoheitliche oder fiskalische Natur zukomme. Es hält daher die Ausstrahlung von Werbesendungen für eine erwerbswirtschaftlich-fiskalische Betätigung der Rundfunkanstalten. Dem ist *Ipsen*[94] entgegengetreten, der unter Berufung auf das BVerfG[95] die Veranstaltung von Rundfunksendungen, gleichgültig, welchen Inhalt sie haben, zu den Aufgaben der öffentlichen (Hoheits-) Verwaltung zählt, weil sich die rechtliche Kategorisierung der Rundfunkveranstaltung insgesamt nach derjenigen Darbietung richte, die nach ihrer Eigenart das höchste öffentliche Interesse auslöse, also nach den politisch-publizistischen Sendungen des Rundfunks.

An dieser Stelle wird bereits deutlich, daß der Rechtscharakter des Unternehmens weitgehend auch für die Rechtsnatur der von ihm vorgenommenen Handlungen maßgeblich ist. Es soll daher kurz auf die Frage eingegangen werden, nach welchen Merkmalen zu entscheiden ist, ob ein Unternehmen

---

[92] BGHZ 14, 222.

[93] NJW 1958, 1299.

[94] NJW 1963, 2052.

[95] BVGE 12, 244.

zur Hoheitsverwaltung oder zum bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis gehört. Der Theorienstreit über die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht wirkt sich auch hier aus.

Die Interessentheorie ordnet ein öffentliches Unternehmen dann dem Gebiet der Hoheitsverwaltung zu, wenn es öffentliche Aufgaben erfüllt, rechnet es dagegen zur Fiskalverwaltung, wenn das nicht der Fall ist.

Ballerstedt [96] nimmt öffentlich-rechtliche Gestaltung nur dort an, wo die Verpflichtung der Wirtschaftstätigkeit auf das Gemeinwohl eine besondere Intensität erreicht. *Boehmer*[97] steht ebenfalls der Interessentheorie nahe, wenn er darauf abstellt, ob die wirtschaftliche Betätigung sachlich dem Aufgabenkreis der öffentlichen Verwaltung oder einem Lebensgebiet zugehört, das »Privatzwecken« des Trägers dient, d. h. genauso gut auch der Rechtszuständigkeit einzelner Menschen oder privater Organisationen dienen könnte. Die »Art der Betätigung« ist auch nach *Siebert*[98] maßgeblich.

Im Gegensatz dazu kommt es nach den von der Subjektionstheorie abgeleiteten Lehren auf die Entscheidung des zuständigen Hoheitsträgers an, ob er ein Unternehmen dem öffentlichen oder dem privaten Recht unterstellen will, sofern nicht der Gesetzgeber ausdrücklich oder stillschweigend eine Regelung getroffen hat. Der Wille der Trägerkörperschaft tritt in der Organisationsform des Unternehmens in Erscheinung.

Der Bundesgerichtshof steht, der Rechtsprechung des RG folgend, auf dem Boden dieser letztgenannten Rechtsansicht. So hat das RG[99] in seiner Entscheidung vom 6. Oktober 1939 dargelegt, daß es für die Frage, ob die Betätigung eines Hoheitsträgers Ausübung öffentlicher Gewalt darstelle oder im bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis erfolge, darauf ankomme, in welcher Weise die Ordnung des Betriebs und sein Aufgabenbereich geregelt seien, und ob der gliederungsmäßige Aufbau des Unternehmens den Willen des Hoheitsträgers aufzeige, das Unternehmen nicht nach Art eines Privatunternehmens, sondern als eine im Rahmen seines obrigkeitlichen Tätigkeitsbereichs liegende öffentliche Aufgabe durchzuführen. Die Stellung innerhalb der Volksgemeinschaft und gegenüber der Allgemeinheit und die Bedeutung des Aufgabengebiets für die Volksgesamtheit seien nicht allein maßgeblich, sondern nur in Verbindung mit der rechtlichen Gestaltung der Durchfüh-

---

[96] DÖV 1951, 449.

[97] Grundlagen der bürgerl. Rechtsordnung, 1. Buch, S. 210.

[98] Festschrift f. *Niedermeyer*, S. 215.

[99] RGZ 161, 341 (RBahn); 158, 83 (RPost).

rung der Aufgaben. Auch der BGH[100] läßt nicht die Zielsetzung des Unternehmens, sondern seine Organisation entscheiden. Dabei komme es nicht auf die Einzelmerkmale, wie ein öffentlich-rechtliches Nutzungsverhältnis, die Befugnis zur Zwangsbeitreibung von Gebühren oder ein Enteignungsrecht, sondern auf die Gesamtwertung der Einzelelemente der Organisation an.

Die Richtigkeit der Auffassung des RG und des BGH hängt davon ab, ob für die Gemeinwesen tatsächlich eine Wahlmöglichkeit zwischen gleichberechtigten Organisationsformen besteht[101], oder ob für die Erfüllung jeder öffentlichen Aufgabe eine bestimmte Gestaltungsform vorgegeben ist und die Wahl einer anderen als Mißbrauch anzusehen ist. Die hoheitliche Organisationsform ist dann vorgegeben, wenn sie allein geeignet ist, die öffentliche Aufgabe nach Art und Umfang zu bewältigen[102]. So nimmt das BVerwG[103] mit Recht an, daß die großen sozialstaatlichen Aufgaben, die der Krieg zur Folge hatte, nur durch Einsatz öffentlicher Gewalt zweckdienlich bewältigt werden können. Hier muß angenommen werden, daß der Hoheitsträger sich mit seinen Maßnahmen auf den Boden der öffentlichen Gewalt stellen wollte. Dagegen ist für die übrige daseinsvorsorgende Verwaltung eine weitgehende Vertauschbarkeit der Rechtsformen anerkannt[104]. Das gilt insbesondere für die Rechtsformen öffentlicher Unternehmen. So kann etwa eine Gemeinde das Benutzungsverhältnis ihres Wasserwerks oder ihrer Straßenbahn nach ihrem Ermessen sowohl öffentlichrechtlich als auch privatrechtlich regeln[105]. Dabei hat nicht die eine Gestaltung einen Vorrang vor der anderen; beide müssen als gleichwertig gelten. Wenn man der Post auf Grund ihrer Erscheinungsform, wie sie sich in der historischen Entwicklung herausgebildet hat, die Ausübung öffentlicher Gewalt zugesteht, so ist die für die Bundesbahn kraft gesetzlicher Vorschrift in § 453 HGB getroffene Regelung nicht unzulässig. Die Verfassungsmäßigkeit solcher Wahlmöglichkeiten wäre nur dann zu bezweifeln, wenn der Rechtsschutz des Bürgers im öffentlichen und privaten Recht nicht in gleicher Weise gewährleistet wäre[106], so daß die Verwaltung mittels ihrer Organisationsgewalt sich von Rechtsbindungen, die sie

---

[100] BGHZ, 9, 145; 16, 111.

[101] Vgl. *Siegfried*, NJW 1957, 738.

[102] BGH, NJW 1953, 778.

[103] NJW 1958, 2128.

[104] *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 357, 449; Bay.VfGH, Bay.VBl. 1961, 19.

[105] Bay.VfGH in VGH n. F. 9 II 114; Bay.VGH, Bay.VBl. 1955, 59.

[106] Vgl. dazu *Leisner*, Grundrechte, S. 201, Fußnote 12.

an sich für ihr Handeln gelten lassen müßte, befreien könnte[107]. Es wird darzulegen sein, daß das jedenfalls für das Wettbewerbsrecht nicht zutrifft.

Da sich demnach die öffentliche Verwaltung zur Erfüllung ihrer Aufgaben auch auf den Boden des Privatrechts begeben kann[108], ist die Interessentheorie für die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht auf dem Gebiet der eigenwirtschaftlichen Betätigung der juristischen Personen des öffentlichen Rechts nicht geeignet. Die gleiche öffentliche Aufgabe kann mit hoheitlichen oder privatrechtlichen Mitteln erfüllt werden. Insbesondere kann aus der Zugehörigkeit der wirtschaftlichen Betätigung zur Daseinsvorsorge nicht auf eine öffentlich-rechtliche Gestaltung geschlossen werden[109]. Gerade Aufgaben der Daseinsvorsorge werden weitgehend mit privatrechtlichen Mitteln bewältigt[110]. Der Begriff Daseinsvorsorge darf nicht mit dem der schlichten Hoheitsverwaltung gleichgesetzt werden[111]. Der Begründung des KG im Steuerfibelfall[112] kann daher schon deswegen nicht gefolgt werden.

Für das Wettbewerbsrecht der juristischen Personen des öffentlichen Rechts will auch *W. Voigt*[113] die Unterscheidung von öffentlichem und Privatrecht nach der Intensität des von der Körperschaft verfolgten öffentlichen Interesses vornehmen. So hält er die Ausübung hoheitlicher Gewalt für gegeben, wenn eine städtische Gärtnerei an Unterstützungsempfänger Grabpflanzen zu weit unter Selbstkosten liegenden Preisen abgebe. Die dadurch geschädigten privaten Gärtner könnten nicht vor den ordentlichen Gerichten auf Unterlassung klagen. Hier wird aber eine öffentliche Aufgabe durchaus mit privatrechtlichen Mitteln wahrgenommen, wie auch die Einräumung eines Sozialtarifs durch die Verwaltung öffentlicher Verkehrsbetriebe keine öffentlich-rechtliche Maßnahme darstellt, wenn das Verhältnis zu den Benutzern der Betriebe privatrechtlich ausgestaltet ist[114]. Solche Maßnahmen haben mit der Sozialhilfe als Institution, die sich in der Regel hoheitlicher Mittel bedient,

---

[107] Vgl. auch *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 113.

[108] RGZ 166, 2; 162, 364; 155, 257; BVerwG NJW 1958, 2128; *Maunz-Dürig*, GG Art. 1 Abs. 3, Anm. 136.

[109] BVerwG, NJW 1958, 2128; *Schneider*, NJW 1957, 1076.

[110] *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 357; *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Allg. Anm. 96; *Siebert*, DÖV 1959, 733; a. A. *Eyermann-Fröhler*, VwGO § 40, Anm. 51 und *Kratzer*, Bay.VBl. 1962, 133.

[111] So unrichtig: *v. Turegg* Verwaltungsrecht, S. 23; *Tetzner*, a.a.O. § 1, Anm. 15, Fußnote 27.

[112] a.a.O.

[113] Der Wettbewerb der öffentlichen Hand, S. 38 ff, 76 ff.

[114] Bad.-Württ. VGH in MDR 1960, 349.

nichts zu tun. Etwas anderes gilt aber dann, wenn die Ermäßigungen selbständig durch die Behörden der Sozialhilfeverwaltung gewährt werden[115]. *W. Voigt* verkennt auch selbst nicht, daß nach Grad und Ausmaß des verfolgten öffentlichen Interesses eine Abgrenzung, die den Erfordernissen der Rechtssicherheit genügt, schwerlich möglich ist[116].

Auch der Auffassung *Sieberts*[117], der umgekehrt öffentliches Recht nur dort annimmt, wo die Tätigkeit des Hoheitsträgers zum spezifischen, nicht auswechselbaren Bereich der Verwaltung gehört (er nennt als Beispiele Friedhöfe, Einfuhr- und Vorratsstellen und Obdachlosenheime) und nur bei solchen Anstalten ein öffentlich-rechtliches Nutzungsverhältnis bejaht, kann nicht zugestimmt werden. Kraft positiven Rechts können auch Unternehmen, die in gleicher Weise von jedermann betrieben werden können, ein öffentlich-rechtliches Nutzungsverhältnis haben, so namentlich gemeindliche Einrichtungen (z. B. öffentliche Bäder, Büchereien u. ä.) nach Art. 24 Abs. 1 Nr. 1 BayGO. Eine Beschränkung des öffentlichen Rechts auf die für die öffentliche Hand typischen Unternehmen läßt sich nicht rechtfertigen. Dieses Bedenken gilt auch gegen die ähnliche Auffassung *Boehmers*[118].

Die Subjektstheorie in der von *Wolff* geprägten Form erweist sich zuweilen der Subjektionstheorie überlegen. Das zeigt der vom BGH[119] entschiedene Fall über die Vergabe öffentlicher Aufträge. Bei der Ausschließung von weiteren Aufträgen ist die vergebende Stelle dem Privatunternehmer weder als Träger obrigkeitlicher Gewalt, noch als Träger fürsorgender schlichter Hoheitsverwaltung übergeordnet, weil die Aufträge nicht im Interesse der sich um sie bewerbenden Unternehmen vergeben werden. Die Vergebung weist auch keine hoheitlichen Merkmale auf. Das BVerwG[120], das nach der Natur der Sache – wohl der Subjektstheorie nahestehend – dem öffentlichen Recht nur solche Verwaltungshandlungen zurechnet, die der Staat oder ein anderer Träger öffentlicher Verwaltung in Ausübung hoheitlicher Rechte und Pflichten vornimmt, nicht aber die, welche sich aus der Teilnahme am allgemeinen Rechts- und Wirtschaftsverkehr ergeben, kommt hier m. E. zum

---

[115] BVerwG in NJW 1961, 137.

[116] a.a.O., S. 82, Anm. 2.

[117] a.a.O.

[118] a.a.O.

[119] Das Vorkommen öffentlicher Koordinationsverhältnisse spricht nicht entscheidend gegen die Subjektionstheorie, vgl. *Forsthoff*, a.a.O., S. 100.

[120] NJW 1958, 2128; 1961, 137; 1961, 2130; Verw.Rspr. 1963, 88.

richtigen Ergebnis. *Menger*[121] widerspricht der Auffassung, weil er – zu Unrecht[122] – die Vergabeordnungen als Rechtsnormen ansieht.

Für die Entscheidung, ob ein öffentliches Unternehmen dem hoheitlichen oder dem bürgerlich-rechtlichen Bereich zuzuordnen ist, erweist sich dagegen die Lehre *Wolffs* als nicht ergiebig. Seine Angriffe auf die höchstrichterliche Rechtsprechung, welche die Art und Weise der Organisation des Unternehmens für maßgeblich erklärt hat, sind im Ergebnis nicht gerechtfertigt. *Wolffs* Forderungen laufen darauf hinaus, es müsse im Einzelfall geprüft werden, ob die Trägerkörperschaft auf Grund Privatrechts oder öffentlichen Rechts tätig werde. Ob das eine oder das andere anzunehmen ist, ist aber doch gerade die zu entscheidende Frage, die ohne Zuhilfenahme weiterer Kriterien namentlich dann nicht zu lösen ist, wenn ein öffentliches Unternehmen bei seiner Tätigkeit ungewollt in den Rechtskreis Dritter eingreift[123].

Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht scheint im übrigen durch eine einfache Formel kaum lösbar zu sein. Bedenkt man, daß die Zuordnung eines Gebietes zum öffentlichen oder privaten Recht auf positiven Rechtsvorschriften und der Vielfalt der historischen Entwicklungen beruht, so ist das nicht verwunderlich. Man wird jeweils darauf abstellen müssen, ob im Einzelfall die Anwendung des öffentlichen oder des privaten Rechts sich unserem gesamten Rechtssystem besser einfügt. Dabei sind die aufgestellten Theorien wertvolle Hilfsmittel, namentlich die Subjektionstheorie, man sollte sie jedoch nicht überbewerten.

In Zweifelsfällen ist der allgemeine Verwaltungsgrundsatz zu beachten, daß eine Behörde bei der Erfüllung typischer Aufgaben aus dem Bereich der ihr übertragenen Hoheitsbefugnisse in der Regel auch in Ausübung dieser hoheitlichen Befugnisse tätig wird und sich dabei öffentlich-rechtlicher Maßnahmen bedient[124].

2. *Hoheitsmaßnahmen kraft Sachzusammenhangs*

Erfüllt der Staat oder ein anderer Hoheitsträger eine öffentliche Aufgabe auf der Grundlage des öffentlichen Rechts, so taucht die Frage auf, ob damit

---

[121] Verw.Arch. 49, 272, 275;

[122] *Bettermann*, DVBl. 1958, 867.

[123] Kritisch gegen die Lehre *Wolffs* auch *v. Turegg*, Lehrbuch, S. 36, Anm. 4; *Leisner*, a.a.O., S. 203, Anm. 16.

[124] BGHZ 4, 266; BVerwG in NJW 1961, 137; dagegen nimmt *Wolff*, Verwaltungsrecht I, S. 78, eine Vermutung für den privatrechtlichen Charakter eines Rechtsverhältnisses an.

jeder Tätigkeitsakt, welcher der bestimmten Zielsetzung dient, ohne weiteres als Ausübung öffentlicher Gewalt zu betrachten ist, oder ob jede Einzelhandlung abgesondert daraufhin zu prüfen ist, ob sie hoheitlichen Charakter trägt. So hat z. B. das KG in dem bereits erwähnten Steuerfibelfall[125] die hoheitliche Natur des Vertriebs der Broschüren unter Berufung auf BGHZ 16, 111 auch daraus gefolgert, daß diese Maßnahme mit der sonstigen hoheitlichen Finanzverwaltung eine untrennbare Einheit bilde.

Das RG[126] hat sich grundsätzlich zur einheitlichen Beurteilung aller Handlungen bekannt, die zur Erfüllung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe dienen. Es führt aus, es sei nicht gerechtfertigt, aus der hoheitsrechtlichen Tätigkeit einzelne Tätigkeitsakte herauszunehmen und darauf hin zu untersuchen, ob sie, für sich getrennt betrachtet, in den bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis eingeordnet werden könnten oder unmittelbar Ausdruck des öffentlich-rechtlichen Wesens seien. Der BGH[127] ist dem RG gefolgt und hat z. B. die Teilnahme der Bundespost am Straßenverkehr beim Ausfahren von Paketen als Ausübung öffentlicher Gewalt angesehen, obwohl diese Tätigkeit, für sich betrachtet, keine hoheitlichen Merkmale aufweist.

Hierbei tritt der Gesichtspunkt des Sachzusammenhangs hervor, der immer dann Bedeutung erlangt, wenn nach natürlicher Betrachtung Zusammengehöriges Gefahr läuft, eine verschiedene rechtliche Würdigung zu erfahren[128]. Dient also die Maßnahme der Erfüllung einer im Kernbereich hoheitlich organisierten Aufgabe, so nehmen die damit in Verbindung stehenden Einzelmaßnahmen grundsätzlich an dem hoheitlichen Charakter teil. Diese Einheitsbetrachtung verdient den Vorzug vor einer zergliedernden Auffassung. Die einheitliche Betrachtung ergibt sich folgerichtig aus dem Grundsatz, daß das Gesamtbild der Organisation eines Unternehmens das Kriterium für das Vorliegen hoheitlicher Betätigung abgibt. Da die Einordnung in den Bereich der Hoheitsverwaltung regelmäßig auf einer Vielzahl von Merkmalen beruht, die der Tätigkeitsbereich insgesamt aufweist, kann sie auch nur einheitlich für alle Handlungen innerhalb dieses Bereichs getroffen werden. Wollte man jede Einzelhandlung für sich allein auf ihr hoheitliches Gepräge hin prüfen, so könnten fast nur die obrigkeitlichen Anordnungen (Rechtsverordnungen, Verwaltungsakte, innerdienstliche Weisungen) mit Sicherheit als

---

[125] GRUR 1957, 298.

[126] RGZ 156, 230 (Sozialvers.); 158, 93 (Post); 161, 341; DR 1941, 269.

[127] BGHZ 16, 111.

[128] *Siegfried*, NJW 1957, 738.

Ausübung hoheitlicher Gewalt erkannt werden. Das rein tatsächliche Verhalten (schlichte Hoheitsverwaltung) ist dem Charakter nach weitgehend unbestimmt und farblos. Diese »Realhandlungen« können in derselben Weise durch eine Behörde in Erfüllung hoheitlicher Zwecke wie durch Privatpersonen vorgenommen werden. Ihre Bedeutung tritt erst im Zusammenhang der Teilakte, in einer Gesamtbetrachtung, hervor, durch die sie in den hoheitlichen oder bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis eingeordnet werden können.

Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung ist die Frage zu entscheiden, ob die Veranstaltung von Werbesendungen durch die Rundfunkanstalten zu ihrem hoheitlichen Tätigkeitsbereich[129] gehört. Aus dem Urteil des BVG[130], das sich mit Werbesendungen nicht befaßt und den Fragenkreis unter ganz anderen Gesichtspunkten zu beurteilen hatte, läßt sich entgegen der Auffassung von *Ipsen*[131] die Notwendigkeit einer einheitlichen Beurteilung des gesamten Sendebetriebs wohl nicht folgern. Es kommt vielmehr darauf an, ob die Ausstrahlung von Werbesendungen zu den öffentlichen Aufgaben gehört, die dem Rundfunk obliegen, wobei nicht entscheidend ist, ob das Werbefernsehen für die Aufgabenerledigung der Rundfunkanstalt erforderlich ist. Das Problem kann in diesem Rahmen jedoch nicht näher erörtert werden.

Die Grenzen für die Anwendbarkeit der »Einheitstheorie« ergeben sich aus folgendem: Der Gedanke des Sachzusammenhangs hat nur da Raum, wo sich die Rechtsnatur einer Handlung nicht eindeutig aus ihr selbst erschließen läßt. Die Einheitstheorie hat nur subsidiären Charakter. Eine solche eindeutige Zuordnung zum Gebiet des öffentlichen Rechts liegt bei Maßnahmen obrigkeitlicher Gewalt vor. So legt auch das RG dar, daß im Rahmen eines dem bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis angehörigen Betriebs einer juristischen Person des öffentlichen Rechts Handlungen vorgenommen werden können, die ihrem Wesen nach nicht privatrechtlicher, sondern öffentlich-rechtlicher Natur sind. Das gilt z. B. für die öffentlich-rechtliche Beitreibung von Forderungen, die aus Geschäften des bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreises entstanden sind (soweit die Anwendung im Verwaltungszwang gesetzlich vorgesehen ist[132]) oder hinsichtlich der Dienstverhältnisse von Betriebsbeamten.

---

[129] *Birkhahn*, MDR 1963, 636; a. A. LG Düsseldorf in NJW 1962, 1622 mit zust. Anm. von *Hartmann*.

[130] BVGE 12, 244.

[131] NJW 1963, 2052.

[132] RGZ 158, 83, 89, 90; im bayer. Verwaltungsrecht ist das dagegen nicht der Fall, vgl. VGH n. F. 12, 3.

In gleicher Weise gehören aber auch rechtsgeschäftliche Handlungen eindeutig ihrem Wesen nach dem Privatrecht an. Für Hilfsgeschäfte hoheitlicher Verwaltung, durch die der sachliche Verwaltungsbedarf bereitgestellt werden soll, ist das allgemein anerkannt. Es muß aber auch dann gelten, wenn Rechtsgeschäfte unmittelbar in den Dienst einer öffentlichen Aufgabe gestellt werden. Auch hier steht der Rechtscharakter der Handlung aus ihr selbst heraus fest, so daß eine Einordnung kraft Sachzusammenhangs nicht mehr eingreift. Die Einheitstheorie entfaltet ihre Wirkung somit nur bei schlichtverwaltenden Maßnahmen, die je nach dem Zusammenhang, in den sie gehören, als Handlungen auf hoheitlicher Ebene oder bürgerlich-rechtlichem Gebiet (z. B. unerlaubte Handlungen, Realakte) anzusehen sind.

Das KG hätte es somit im Steuerfibelfall nicht dahingestellt lassen dürfen, ob der Vertrieb der Broschüre als bürgerlich-rechtlicher Kaufvertrag oder als Veräußerung gegen öffentlich-rechtliches Entgelt anzusehen war. Die Zuordnung ist hier nicht einfach zu treffen. Erteilt eine Behörde mündliche Belehrungen, etwa über die Ausfüllung eines Formulars, so sind diese Bestandteile der hoheitlichen Verwaltungsaufgabe, die der Behörde obliegen. Das gleiche wird gelten müssen, wenn die Behörde ein Merkblatt oder eine Broschüre überreicht (z. B. zur Ausfüllung einer Lohnsteuerkarte). Hier eine bürgerlich-rechtliche Schenkung anzunehmen, wäre offenbar gekünstelt. Auch dort dürfte eine öffentlich-rechtliche Auffassung am Platze sein, wo nur eine »Schutzgebühr« erhoben wird, die eine zweckfremde Verwendung verhindern soll. Dagegen ist im Zweifel ein Kaufvertrag anzunehmen, wo für Sachen, die auch Gegenstand des privatwirtschaftlichen Verkehrs sein könnten, ein echtes, zum Wert nicht ganz außer Verhältnis stehendes Entgelt gefordert wird. Ein öffentlich-rechtliches Nutzungsverhältnis ist in solchen Fällen nur bei Anstalten anerkannt, sofern eine Anstaltssatzung vorliegt. Eine Anstalt als Bestand sachlicher und persönlicher Mittel ist jedoch bei dem Vertrieb der Steuerfibeln durch die Finanzämter nicht vorhanden, noch weniger treten irgendwelche öffentlich-rechtliche Elemente in Erscheinung. Man wird daher den Vertrieb der Fibeln mit *Schneider*[133] dem Privatrecht zuzuordnen haben[134].

---

[133] a.a.O.

[134] Erst recht ist der Vertrieb von Fernsprechbüchern durch einen privaten Verlag auf Grund eines Vertrags mit der Bundespost keine Hoheitsmaßnahme. So zutr. *Aubert*, Archiv f. d. Post- u. Fernmeldewesen 1951, 193, gegen eine dort abgedruckte Entscheidung des LG Stuttgart. Das gleiche gilt für Herausgabe und Vertrieb eines amtlichen Patentblattes, KG in UW I, 94.

3. *Doppelnatur der Rechtshandlungen juristischer Personen des öffentlichen Rechts?*

Die Entstehung eines Wettbewerbsverhältnisses setzt mindestens drei Beteiligte voraus: den Anbieter der wirtschaftlichen Leistung, einen Abnehmer und mindestens einen Mitbewerber. Für die Zulässigkeit des Rechtsweges und das zur Anwendung kommende sachliche Recht ist bei Wettbewerbsverstößen der öffentlichen Hand das Verhältnis des privaten Mitbewerbers zum Leistungsträger ausschlaggebend. Dieses kann dem bürgerlichen oder dem öffentlichen Recht angehören, also auf Gleichordnung oder Überordnung beruhen.

Vielfach steht nur die Rechtsnatur des Verhältnisses zum Leistungsempfänger (Abnehmer) eindeutig fest. Es tritt dann die Frage auf, welchen Einfluß die Rechtsnatur des Nutzungsverhältnisses auf das Verhältnis zwischen dem öffentlichen Unternehmen und seinen privaten Mitbewerbern hat. Kann z. B. eine Leistung in den Formen des öffentlichen Rechts gewährt werden, bei Wettbewerbsverstößen aber dennoch bürgerliches Recht zur Anwendung kommen und umgekehrt?

Dieses Problem ist für Wettbewerbshandlungen von Anstalten mit öffentlich-rechtlichem Benutzungsverhältnis von grundlegender Bedeutung. So ist hier namentlich die Frage umstritten, ob eine bürgerlich-rechtliche, nach den Bestimmungen des UWG zu beurteilende Wettbewerbshandlung vorliegt, wenn eine Anstalt mit Hilfe der ihr allein zugänglichen öffentlichen Mittel ihre Gebühren so weit herabsetzt, daß ein Privatunternehmen, das die gleiche Leistung erbringt, nicht mehr konkurrenzfähig ist. *Gütebier*[135] bejaht hier das Vorliegen eines privatrechtlichen Wettbewerbsverhältnisses und hält anscheinend eine Klage vor den ordentlichen Gerichten, mit der die Unterlassung der Unterbietung verlangt wird, für zulässig. Es geht dabei von der dem Anstaltsrecht zugrunde liegenden Unterscheidung zwischen dem besonderen Gewaltverhältnis, das die Anstalt mit ihren Benutzern verbindet, und dem allgemeinen Gewaltverhältnis aus, in dem alle Staatsbürger stehen[136]. Hoheitsgewalt steht der Anstalt nur denjenigen Personen gegenüber zu, die sich durch Unterwerfung unter die Anstaltsordnung in den Rechtsbereich der Anstalt begeben haben, also gegenüber den Benutzern. Da aber die Mitbewerber des Anstaltsbetriebs zu den außenstehenden Dritten gehören, können nach Auffassung *Gütebiers* die Maßnahmen der Anstalt im Verhältnis

---

[135] Der unlautere Wettbewerb der öffentlichen Hand S. 28; *Schwierholz*, a.a.O., S. 120, *Leidel*, a.a.O., S. 59, *W. Voigt*, a.a.O., S. 65; wohl im Anschluß an *Nipperdey*, Freie Wohlfahrtspflege 1932/33, S. 534, 540.

[136] Vgl. dazu *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 115/116.

zu ihnen keinen hoheitlichen Charakter haben. Jeder Dritte und auch die Mitbewerber stünden nur dann in einem Unterordnungsverhältnis zum Leistungsträger, wenn diesem ausnahmsweise Hoheitsbefugnisse auch im allgemeinen Gewaltsverhältnis zukämen (z. B. wenn Anschluß- oder Benutzungszwang eingeführt sei). Dieses Ergebnis rechtfertige sich daraus, daß es einer Körperschaft des öffentlichen Rechts freistünde, ob sie einen Betrieb als privatrechtlichen Regiebetrieb oder als Anstalt organisiere. Durch die Wahl der öffentlich-rechtlichen Organisationsform könne aber die Rechtsstellung der privaten Mitbewerber nicht verschlechtert werden, indem der gegen Maßnahmen eines Regiebetriebes zulässige ordentliche Rechtsweg verbaut werde.

Daß das aufgezeigte Problem über das Anstaltsrecht hinausgreift, zeigt die Entscheidung des KG zum Vertrieb der Steuerfibeln[137]. Das KG hat dort behauptet, auch wenn der Vertrieb der Fibel auf privatrechtlicher Ebene durch Kaufverträge erfolge, liege im Verhältnis zu dem klagenden Privatverlag Ausübung öffentlicher Gewalt vor, in die die Zivilgerichte nicht eingreifen dürften. Nach dieser Auffassung kann also ein und dieselbe Handlung – der Abschluß eines Kaufvertrags – im Verhältnis zum Leistungsempfänger bürgerlich-rechtlich, zum Mitbewerber aber als Hoheitshandlung zu beurteilen sein.

Die gleiche Streitfrage trat auch bei den teilweise sich widersprechenden Entscheidungen des BGH und des BVerwG über die Rechtsnatur einer Auftragssperre zutage, die auf Anweisung der vorgesetzten Behörde erlassen wurde. In dem vom BGH entschiedenen Fall hatte der private Unternehmer auf Unterlassung bzw. Beseitigung unrichtiger kreditschädigender Behauptungen geklagt, die in der Weisung der vorgesetzten Behörde enthalten gewesen seien. Der BGH hat, wie schon erwähnt, hierbei in Übereinstimmung mit dem BVerwG den ordentlichen Rechtsweg nicht zugelassen. *Obermayer*[138] und *Bettermann*[139] unterscheiden dagegen das Rechtsverhältnis zwischen Ober- und Unterbehörde und das zwischen der Oberbehörde und dem beeinträchtigten Privatunternehmer. Zwischen den Behörden liege ein besonderes Gewaltverhältnis vor, nicht aber im Verhältnis zum Bürger. Regle der Dienstbefehl das Verhalten der nachgeordneten Behörde im Privatrechtsverkehr, so stehe dem geschädigten Unternehmen der Zivilrechtsweg offen, da im Verhältnis zu ihm kein Hoheitsakt vorliege.

---

[137] a.a.O., ebenso *Rupp*, DVBl. 1958, 113.

[138] Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 130.

[139] DVBl. 1958, 867; vgl. auch *Flessa*, NJW 1958, 1276.

Die Frage, ob ein und dieselbe Handlung im Verhältnis zu einer Person als Hoheitsakt, zu einer anderen als fiskalisches Verhalten aufgefaßt werden kann, darf nicht mit der oben bereits bejahten Frage verwechselt werden, ob ein Rechtsverhältnis sich aus öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Elementen zusammensetzen kann[140], ob eine Handlung oder Unterlassung zugleich hoheitliche und bürgerlich-rechtliche Pflichten einer Behörde verletzen kann[141], oder ob uno actu eine hoheitliche und eine fiskalische Handlung vorgenommen werden kann.

Aus der Rechtsprechung des RG ist schwerlich Klarheit über die Frage zu gewinnen, ob dem öffentlich-rechtlichen Handeln der Verwaltung eine Doppelnatur in dem angeführten Sinne zukommen kann[142]. In RGZ 56, 84 wird ausgeführt, es ginge nicht an, einer unzweifelhaften Amtshandlung, je nach der Stellung der an ihr interessierten oder von ihr betroffenen Personen einen privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Charakter beizulegen. Nach RGZ 155, 257, 271 und DR 1944, 79 soll sich dagegen aus der Rechtsprechung des RG kein Hindernis ergeben, ein und dieselbe Handlung eines Beamten, die im bürgerlichen Geschäftskreis vorgenommen ist, zugleich als Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt anzusehen. Dagegen kehrt das Gericht in RGZ 162, 364 anscheinend zu seiner ursprünglichen Auffassung zurück, wenn es ausführt, die Ausübung staatshoheitlicher Gewalt oder Fürsorge schlösse die Betätigung durch bürgerlich-rechtlichen Vertrag aus. Bei Klagen von privaten Konkurrenzunternehmen gegen öffentlich-rechtliche Versicherungsanstalten hat das RG darauf abgestellt, ob das Rechtsverhältnis zwischen der Anstalt und ihren Versicherungsnehmern öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich geregelt war[143]. Der BGH teilt in seiner Entscheidung BGHZ 2, 37, 43 den Standpunkt von RGZ 162, 364, 365, daß die Veräußerung eines Gegenstands kein Hoheitsakt kein kann, wenn sie in ihren Voraussetzungen und Folgen dem Privatrecht unterliegt, schließt sich dagegen in einem haftungsrechtlichen Fall[144] beiläufig RG in DR 1944, 79 an[145].

Bei einer Stellungnahme zu dem Problem ist davon auszugehen, daß der Satz vom Widerspruch nicht verletzt wäre, wenn ein und dieselbe Handlung

---

[140] *Nipperdey* führt die Entscheidung RGZ 91, 274 daher zu Unrecht für seine Auffassung an.

[141] Vgl. dazu *Flessa*, NJW 1958, 1276.

[142] Vgl. auch *Eyermann-Fröhler*, VwGO § 40, Anm. 29.

[143] z. B. RGZ 116, 28; a. A., doch ohne Begründung: *Ehrenberg*, JW 1927, 1102.

[144] LM § 823 (Dc) BGB Nr. 19.

[145] Vgl. auch OLG München, DVBl. 1956, 175.

im Bezug auf verschiedene Personen verschieden eingestuft würde, wie man aus RGZ 162, 364 entnehmen könnte[146]. Relative Verhältnisse sind unserem Recht nicht unbekannt. Auch ist *Gütebier*[147] insoweit zu folgen, daß ein den Anstaltsbenutzern gegenüber ergehender Verwaltungsakt, der nur für diese Rechte und Pflichten festsetzt, nicht auch in Beziehung auf unbeteiligte Mitbewerber einen Verwaltungsakt darstellt. Es ist anerkannt, daß ein Verwaltungsakt nur der Person gegenüber vorliegt, die von der unmittelbar rechtserheblichen Wirkung erfaßt wird[148]. Einer Anstalt stehen auf Grund der Anstaltsgewalt Dritten gegenüber auch keine Hoheitsrechte zu[149] [150]. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß die von der Anstalt (oder im besonderen Gewaltverhältnis des öffentlichen Dienstes) erlassenen Verwaltungsakte oder Weisungen Dritten gegenüber auch den Charakter hoheitlicher Maßnahmen einbüßten. Der Bereich der Hoheitsverwaltung erschöpft sich nicht in obrigkeitlichen Akten. Das Fehlen von Zwangsgewalt ist vielmehr für den gesamten Bereich der schlichten Hoheitsverwaltung kennzeichnend. Aus dem Fehlen obrigkeitlicher Weisungsbefugnisse gegenüber den Mitbewerbern oder sonstigen Dritten ergibt sich daher nicht, daß das Rechtsverhältnis dann zwangsläufig bürgerlich-rechtlicher Natur sein müsse. Vielmehr ist die obrigkeitliche Anordnung im Außenverhältnis als Maßnahme schlichter Hoheitsverwaltung anzusehen. Sie hat Dritten gegenüber nicht die Natur einer Regelung; sie steht aber doch tatsächlichen Maßnahmen, die in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt sind, gleich. Ist daher das Nutzungsverhältnis einer Anstalt öffentlich-rechtlich geregelt, so ist auch das Verhältnis zu Dritten, die in ihren Rechten oder Interessen durch die Maßnahmen der Anstalt beeinträchtigt werden, öffentlich-rechtlich. Für andere besondere Gewaltverhältnisse gilt das gleiche.

Die gegenteilige Rechtsansicht würde sich in Widerspruch zu dem Rechtsgrundsatz stellen, daß ordentliche Gerichte in die Hoheitsverwaltung durch Verbote und Gebote nicht eingreifen dürfen. Einen solchen Eingriff stellte aber ein Zivilurteil dar, das eine öffentliche Anstalt zur Erhöhung ihrer Gebühren oder eine vorgesetzte Behörde zur Unterlassung einer Weisung an eine nachgeordnete Behörde — gleichgültig welchen Inhalt diese hat —

---

[146] Vgl. auch *Bender*, JuS 1962, 178, 183 und *Frühling*, DVBl. 1963, 768, Fußnote 9.

[147] a.a.O.

[148] *Obermayer*, Bay.VBl. 1960, 210; Bay.VGH in Bay.VBl. 1960, 125 a. E.

[149] *Forsthoff*, VerwR, S. 442.

[150] Deshalb kann auch nicht angenommen werden, die Anstalt habe gegenüber den Mitbewerbern ein Duldungsgebot erlassen wollen.

verurteilte[151]. Über solche Klagen zu entscheiden ist vielmehr – wie noch näher darzulegen sein wird – Sache der Verwaltungsgerichte[152].

Stellt sich umgekehrt ein Hoheitsträger zur Verfolgung seiner Aufgaben auf den Boden des bürgerlichen Rechtsverkehrs, so muß er auch in allen Beziehungen privatrechtliche Schranken beachten und vor den ordentlichen Gerichten Recht nehmen. Den erweiterten Gestaltungsmöglichkeiten, die die Anwendung des bürgerlichen Rechts für die Verwaltung mit sich bringt, entspricht eine Rechtsbindung, die grundsätzlich der von Privatpersonen mindestens gleichkommt. In dem Steuerfibelfall war daher der ordentliche Rechtsweg für zulässig zu erachten und es mußte Privatrecht auch im Verhältnis zum beeinträchtigten Unternehmen Anwendung finden.

Die Aufspaltung einer Handlung in zwei Rechtsbeziehungen kann nicht mit dem Hinweis gerechtfertigt werden, daß Rechtsverhältnisse sich aus öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Bestandteilen zusammensetzen können[153]. Dort liegen stets verschiedene Handlungen vor. Hier müßte dagegen eine Hoheitshandlung auch gleichzeitig dem Privatrecht unterworfen sein. Das würde dem Zweck, der zur Anerkennung der Ausübung öffentlicher Gewalt führte, nämlich die Hoheitsträger von den Bindungen des Privatrechts zu befreien, vereiteln. Die Vertauschbarkeit von öffentlichem und privatem Recht im Bereich der Daseinsvorsorge darf nicht dazu führen, den Gegensatz überhaupt zu beseitigen[154].

V. Die Organisationsformen der eigenwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand

1. Übersicht

Der öffentlichen Hand stehen für ihre Beteiligung am Wirtschaftsleben Organisationsformen des öffentlichen und des Privatrechts zur Verfügung. In zahlreichen Fällen ist die Unternehmensform durch Gesetz bestimmt, z. B. in § 1 ff. BundesbahnG, § 2 BundesbankG, Art. 1 BayVersG. Wo eine solche Festlegung nicht erfolgt ist, steht es grundsätzlich im Ermessen der Körperschaft als Ausdruck ihrer Organisationsgewalt, welche Form sie für ihre

---

[151] *Baumbach-Hefermehl,* Allg. Anm. 96; *Erckens,* Funkwerbung, S. 88; vgl. auch *Eyermann-Fröhler,* VwGO § 40, Anm. 29.

[152] So wohl auch *Menger,* Verw.Arch. 50, 79; vgl. auch 49, 272, 275.

[153] Vgl. dazu *Siebert,* Festschr. f. Niedermeyer S. 215.

[154] *Forsthoff,* VerwR, S. 358.

eigenwirtschaftliche Betätigung wählt. Dieses Ermessen ist aber nicht unbeschränkt. Die Formen des öffentlichen Rechts sind ihrer Natur nach nicht dazu bestimmt, zu erwerbswirtschaftlicher Betätigung zu dienen, ihnen ist wesensmäßig zugehörig die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe und das Kostendeckungsprinzip. Dagegen sind die Gestaltungen des privaten Rechts nicht auf einen bestimmten Wirtschaftszweck hin geordnet, das Privatrecht kann – wenn auch mit gewissen Modifikationen – Mittel der öffentlichen Verwaltung sein, aber auch das Organisationsrecht eines Erwerbsbetriebs darstellen.

Da die Wirtschaftstätigkeit gegenüber der Trägerkörperschaft mehr oder weniger verselbständigt sein kann, läßt sich eine Gliederung der Organisationsformen nach dem verschiedenen Grad der Selbständigkeit aufstellen[155].

Bei den Formen des öffentlichen Rechts ist zu beginnen bei den Wirtschaftstätigkeiten ohne organisatorische Verselbständigung. Es handelt sich dabei hauptsächlich um Hilfstätigkeiten der Verwaltung, die den Verwaltungszweck fördern oder ergänzen sollen. Zu nennen ist hier beispielsweise die kostenlose Verteilung von Merkblättern und Broschüren im Rahmen der Obrigkeitsverwaltung.

Der Aufbau einer zweckbestimmten Organisation, eines Bestandes von sachlichen und persönlichen Mitteln, der der Leistungsaufgabe zu dienen bestimmt ist, führt zu einer öffentlichen Anstalt. Das Nutzungsverhältnis einer Anstalt kann dem öffentlichen oder dem privaten Recht angehören. Letztere Form bildet einen Übergang zu rein privatrechtlichen Gestaltungen. Auf die Schwierigkeit der Abgrenzung vom privatrechtlichen Regiebetrieb kann hier nicht eingegangen werden. Die Anstalt kann entweder unselbständig sein oder eine eigene juristische Person des öffentlichen Rechts darstellen. Zur gleichen Kategorie zählen die anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie ihre Aufgaben durch eigenwirtschaftliche Betätigung erfüllen.

Bei den entsprechenden Formen auf der Ebene des Privatrechts ist auch hier auszugehen von der eigenwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Verwaltung ohne Bildung eines selbständigen Unternehmens (behördenwirtschaftliche Betätigung). Bei einem Unternehmen ohne vermögensmäßige Selbständigkeit und ohne eigenes Rechtssubjekt spricht man von einem Regiebetrieb[156]. Es ist jedoch zu beachten, daß der Ausdruck »Regiebetrieb« auch

---

[155] Vgl. dazu auch *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 359; *Schnettler*, a.a.O., S. 21, 28, 66; *Vetter*, Die öffentliche Hand im Wettbewerb mit der privaten Wirtschaft, S. 9.

[156] *Schnettler*, a.a.O., S. 66.

noch in einem anderen Sinn verwendet wird, nämlich dann, wenn die Erzeugung eines öffentlichen Unternehmens allein für dessen Träger bestimmt ist[157].

Der gemeindliche Eigenbetrieb ist eine Weiterentwicklung des Regiebetriebs mit Verselbständigung des Betriebsvermögens und eigener Werkleitung. Den juristischen Personen des öffentlichen Rechts als Wirtschaftsträger entsprechen die Eigengesellschaften, z. B. die AG und GmbH. Sie eröffnen auch die Möglichkeit einer bloßen Kapitalbeteiligung zum Zweck der Einwirkung auf die Geschäftsführung des Unternehmens, wodurch gemischtwirtschaftliche Unternehmen[158] entstehen.

2. Hilfsgesellschaften

Bestimmte wirtschaftliche Betätigungen der öffentlichen Hand, die ihrer Natur nach von der Tätigkeit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts abhängen, geschehen häufig durch Gründung einer abhängigen Gesellschaft, meist einer GmbH. So gab z. B. die Reichspost Branchentelefonbücher durch eine GmbH heraus, die das amtliche Material auswertete[159]; die Deutsche Postreklame GmbH vertreibt örtliche Fernsprechbücher; die Werbemöglichkeiten innerhalb des Bundesbahnbetriebs werden durch die Deutsche Eisenbahn-Reklame GmbH wahrgenommen; die Rundfunkanstalten haben die Herstellung oder Beschaffung des Programms für die Werbesendungen und den gesamten Agenturbetrieb (nicht aber die Veranstaltung der Sendungen selbst[160]) auf abhängige Gesellschaften »ausgegliedert«.

Die Gründung solcher Hilfsgesellschaften richtet sich nach den Vorschriften des Privatrechts; sie stellt keinen Verwaltungsakt dar[161]. Sie erfolgt entweder zur Erfüllung der dem Muttergemeinwesen übertragenen Verwaltungsaufgabe, zur besseren Durchführung fiskalischer Hilfsgeschäfte oder zur erwerbswirtschaftlichen Betätigung. Die bloße Ergänzungs- und Hilfsfunktion solcher Gesellschaften, die in ihrer Existenz unmittelbar von ihren Trägern abhängig sind, führt zu ihrer wettbewerbsrechtlichen Auffassung als unselbständige Werkzeuge. Das RG[162] hat zutreffend die Herausgabe der

---

[157] *Jacobi,* Die Demokratische Gemeinde 1952, 386.

[158] *Huber,* Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 529.

[159] BGZ 137, 57.

[160] *Ipsen,* NJW 1963, 2102; Gegen die Zulässigkeit der Ausgliederung nicht überzeugend: *Ullrich-Thomsen,* DÖV 1962, 245.

[161] *Ipsen,* a.a.O.

[162] RGZ 137, 57, 63, 64 mit zutr. Anm. von *Ulmer,* JW 1933, 1948.

Branchentelefonbücher durch die GmbH genauso behandelt, wie wenn sie durch die Reichspost selbst erfolgt wäre. Der Grad der organisatorischen Verselbständigung der Wirtschaftstätigkeit ist für die Rechtspflicht Mitbewerbern gegenüber gleichgültig, sie werden davon nicht berührt. Das OLG München[163] hat in seiner Entscheidung über die Zulässigkeit des Bay. Werbefunks, der durch eine GmbH betrieben wird, die Rechtsprechung des RG übernommen.

Die öffentliche Hand kann auch das für sie geltende Verbot eines bestimmten Verhaltens im Wettbewerb nicht dadurch umgehen, daß sie einem – sei es auch organisatorisch unabhängigen – Privatunternehmen, an dessen wirtschaftlichem Erfolg sie aus irgendwelchen Gründen interessiert ist, die Verwendung wettbewerbsfremder Mittel (z. B. den unerlaubten Gebrauch eines Hoheitszeichens im wirtschaftlichen Verkehr) gestattet[164]. Die Umstände, die den Einsatz der Vorzugsstellung im Wettbewerb durch die öffentliche Hand selbst unzulässig machen würden, begründen dann auch die Sittenwidrigkeit des Verhaltens des Privatunternehmens. Beide Teile wären als Mittäter der unerlaubten Wettbewerbshandlung anzusehen.

3. Rechtsformenmißbrauch

Es wurde schon erwähnt, daß die Gestaltungsformen des öffentlichen Rechts ihrer Natur nach nur für die Erfüllung öffentlicher Verwaltungsaufgaben, nicht für die rein erwerbswirtschaftliche Betätigung bestimmt sind. Wird dennoch ein Erwerbsunternehmen in den Rechtsformen einer öffentlichen Anstalt betrieben, so erhebt sich die Frage, ob darin nur eine unzweckmäßige Ermessensausübung oder ein Ermessensfehler, also eine Rechtsverletzung zu sehen ist. Nach *Maunz*[165] betrifft die öffentliche Anstalt keineswegs immer ein Stück der Staatsverwaltung; er hält auch den Betrieb eines Versicherungsunternehmens, das keine öffentlichen Aufgaben erfüllt, und auf freiwilliger Basis arbeitet, für zulässig. Man wird weitergehend aber mit *Wolff*[166] in der Gründung einer kommunalen Textilfabrik als öffentliche Anstalt – abgesehen von einem Verstoß gegen das Gemeindewirtschaftsrecht – eine Ermessensüberschreitung erblicken müssen[167], die den Gründungsakt zwar nicht nichtig, aber doch rechtswidrig macht. Da aber ein Anfechtungs-

[163] WRP 1958, 51.

[164] Vgl. *Wenzel* NJW 1961, 2102.

[165] Bay.VBl. 1957, 4.

[166] AöR 76, 205; Verwaltungsrecht I, S. 84.

[167] Von Verstößen gegen die GO abgesehen.

berechtigter nicht vorhanden ist, kann die Fehlgründung nur im Wege der Rechtsaufsicht beseitigt werden. Solange der Verwaltungsakt der Gründung nicht aufgehoben ist, muß er auch von den ordentlichen Gerichten beachtet werden, und selbst die Berufung auf den auch im öffentlichen Recht geltenden Gesichtspunkt des Rechtsmißbrauchs[168] kann den ordentlichen Rechtsweg für Unterlassungsklagen gegen die Akte einer solchen Anstalt nicht eröffnen.

[168] OVG Münster E 8, 212, 217.

2. Abschnitt: Die Beschränkungen der eigenwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand

I. Übersicht über das Recht der eigenwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand

Bei dem Problem der Zulässigkeit eigenwirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand sind zwei Fragenkreise zu unterscheiden[169]:

1. ob sich die öffentliche Hand überhaupt – ganz allgemein oder auf einem bestimmten Gebiet – wirtschaftlich betätigen darf,

2. wie sie ihr Verhalten im Wettbewerb einrichten muß.

Zunächst muß die Unternehmenstätigkeit der öffentlichen Hand als solche (z. B. der Betrieb einer Maschinenfabrik, eines Ratskellers oder einer öffentlichen Straßenbahn) zulässig sein, dann erst taucht die Frage auf, ob auch die Art und Weise des Auftretens im Wettbewerb, also eine bestimmte Geschäftshandlung (z. B. eine Werbungsmaßnahme oder Preisunterbietung) erlaubt ist. Diese beiden Gesichtspunkte gehen nur dann ineinander über, wenn ausnahmsweise jede einzelne Betriebshandlung unzulässig ist; dann ist es auch die Betätigung in ihrer Gesamtheit[169a].

Über die Frage der Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand entscheidet in erster Linie das Verfassungsrecht des Bundes und der Länder; die Wirtschaftstätigkeit muß mit ihm in Einklang stehen. Weiter kann das Organisationsrecht der juristischen Person des öffentlichen Rechts ihrer Beteiligung am Wirtschaftsleben Grenzen ziehen; das gleiche gilt für das Gewerbe- und Haushaltsrecht. Schließlich ist auch versucht worden, mit Hilfe des bürgerlichen Rechts die Betätigung der öffentlichen Hand zu beschränken.

Der Schwerpunkt derjenigen Bestimmungen, die das Auftreten der öffentlichen Hand im Wettbewerb, also die Rechtmäßigkeit der einzelnen Wett-

---

[169] Vgl. *Vetter*, Die öffentliche Hand im Wettbewerb mit der privaten Wirtschaft, S. 38; *Schwierholz*, a.a.O. S. 122.

[169a] Vgl. z. B. BGH in BB 1964, 54, wo die Beteiligung einer Landwirtschaftskammer an einer GmbH für unzulässig erklärt wurde.

bewerbshandlung, regeln, liegt auf privatrechtlichem Gebiet. Das hier einschlägige Recht des unlauteren Wettbewerbs kann man mit dem Recht der Wettbewerbsbeschränkungen zum Begriff des Wettbewerbsrechts i. w. S. zusammenfassen[170]. Vereinzelt finden sich aber auch im Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht Vorschriften über das Wettbewerbsrecht der öffentlichen Hand, z. B. Art. 153 BV, Art. 75 Abs. 2 und 81 BayGO.

Auf das ergänzende Ineinandergreifen dieser verschiedenartigen Bestimmungen wird im folgenden besonderes Augenmerk zu richten sein.

II. Die Zulassung eigenwirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand nach den Verfassungen

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der eigenwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand kann im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nur gestreift werden. Doch ist es erforderlich, sie wenigstens am Rand zu behandeln, weil Erörterungen über das Verhalten der öffentlichen Hand im Wettbewerb nur dann sinnvoll sind, wenn nicht schon die eigenwirtschaftliche Betätigung als solche verfassungsrechtlich unzulässig ist.

1. Rechtslage nach dem Grundgesetz

Die Frage, ob das GG die eigenwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand ganz oder teilweise untersagt, taucht nur dann auf, wenn die Verfassung der Bundesrepublik nicht schon eine ausdrückliche oder stillschweigende Billigung staatlicher Erwerbsunternehmen enthält.

Sie könnte aus Art. 134, 135 Abs. 6 und 110 Abs. 4 GG gefolgert werden[171]. Art. 134, 135 Abs. 6 regeln die Vermögensverhältnisse an den beim Inkrafttreten des GG vorhandenen Unternehmen. Sie stellen damit lediglich Übergangsvorschriften dar, wobei eine andere Regelung als die Überführung des einmal vorhandenen Eigentums auf den Bund oder ein Land kaum denkbar war, da ja eine Privatisierung nicht durch den Federstrich des Gesetzgebers erfolgen konnte und eine Liquidation nicht in Betracht kam. Aus den genannten Grundgesetzbestimmungen läßt sich daher nichts dar-

---

[170] *Fikentscher*, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 306. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Allg., Anm. 59.

[171] Im übrigen enthält das GG nur Vorschriften über bestimmte einzelne Unternehmen, so Art. 87 (Bundesbahn und -Post), 88 (Bundesbank), 108 (Finanzmonopole).

über entnehmen, ob der Bund die übernommenen Unternehmen dauernd weiterbetreiben darf oder etwa veräußern muß. Noch weniger kann man daraus eine Befugnis zur Erweiterung oder Neugründung öffentlicher Unternehmen herleiten[172]. Auch Art. 110 Abs. 4 GG läßt einen solchen Schluß nicht zu, denn nach kaufmännischen Gesichtspunkten werden auch Einrichtungen betrieben, die nicht ausschließlich erwerbswirtschaftlichen Zielen dienen und deren Legitimation am öffentlichen Zweck unbestritten ist.

Man könnte weiter versucht sein, die Zulässigkeit auch der erwerbswirtschaftlichen Betätigung des Staates aus Art. 15 GG zu folgern: Wenn schon eine Sozialisierung zulässig ist, so muß es erst recht die wirtschaftliche Betätigung sein. Eine solche Argumentation ginge aber fehl. Nach Art. 15 ist nicht die Übernahme ganzer Unternehmen, sondern nur bestimmter Eigentumsteile – der Produktionsmittel – in Gemeineigentum vorgesehen. Der Zweck darf auch kein fiskalischer, sondern muß ein wirtschaftspolitischer sein. Schließlich folgt aus Art. 19 Abs. 1 GG, daß nicht ein einzelner Betrieb sozialisiert werden kann, sondern unter Wahrung des Gleichheitssatzes alle Produktionsmittel bestimmter Art. Durch Sozialisierung kann daher nicht ein konkurrierendes Nebeneinander gleichartiger gemeinwirtschaftlicher und privater Unternehmen entstehen, wie es die erwerbswirtschaftliche Staatsbetätigung mit sich bringt. Die Eigenbetätigung des Staates ist sonach kein Minus, sondern ein Aliud gegenüber der Sozialisierung[173].

Eine Garantie der eigenwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand enthält das GG also nicht. Die Gründung und der Bestand öffentlicher Unternehmen könnte jedoch mittelbar dadurch gewährleistet sein, daß die öffentliche Hand als Fiskus an der Gewerbefreiheit und Unternehmensfreiheit der Art. 2 und 12 GG teilhätte und einer Auflösung einmal gegründeter Unternehmen der Art. 14 GG entgegenstünde. An die Grundrechte wäre dann auch der Gesetzgeber bei einer Beschränkung eigenwirtschaftlicher Betätigung und der Privatisierung gebunden. Die Streitfrage gipfelt darin, ob der Fiskus und die anderen Fiskalate als Träger von Grundrechten anzusehen sind. Die Rechtsprechung[174] bejaht überwiegend diese Frage, wenn der Staat auf der Ebene der Gleichberechtigung mit den Staatsbürgern, als Fiskus, vermögensrechtliche Interessen geltend macht. Ein Teil

---

[172] Ähnlich *Hamann*, NJW 1957, 1422.

[173] So im Ergebnis auch *Maunz-Dürig*, GG, Art. 2, Abs. 1, Anm. 52; vgl. auch *v. Gamm*, GRUR 1959, 303.

[174] BVG in BB 1960, 582; Bay.VGH in Verw.Rspr. 12, 372; BVerwG in Bay.VBl. 1959, 88

des Schrifttums[175] versagt dagegen dem Fiskus die Berufung auf Grundrechte. So geht *Dürig* davon aus, daß dem Staat als Hoheitsträger selbstverständlich gegen sich selbst keine Grundrechte zustehen könnten, da er ja der konstitutionelle Grundrechtswidersacher sei. Er folgert weiter mit Recht, daß dann auch für den Staatsfiskus, der kein anderes Rechtssubjekt, sondern nur die wirtschaftliche Ausdrucksform dieses Hoheitsträgers darstelle, nichts anderes gelten könne. Für die Existenz von Grundrechten fehle der Anspruchsgegner[176]. Auch die Fiskalate der sonstigen juristischen Personen sind dieser Ansicht zufolge keine Grundrechtsträger, der Schutz der unterstaatlichen juristischen Person ist ein institutioneller, also z. B. Art. 28 GG kein Grundrecht, sondern eine institutionelle Garantie. Eine Ausnahme gilt nur da, wo die juristischen Personen des öffentlichen Rechts »Sachwalter« der Individualrechte ihrer Mitglieder (z. B. öffentlich-rechtliche Sparkassen) sind[177].

Aber selbst wenn man für den Fiskus und die öffentlich-rechtlichen Körperschaften die Eigenschaft als Grundrechtsträger bejahen wollte, muß doch angenommen werden, daß das Grundrecht der Unternehmens- und Gewerbefreiheit seinem Wesen nach auf diese nicht anwendbar ist (Art. 19 Abs. 3 GG). Auf juristische Personen finden Art. 2 und 12 GG nur dann Anwendung, wenn sie Sachwalter der Individualrechte ihrer Mitglieder sind, wie bei den juristischen Personen des Privatrechts und dort, wo juristische Personen des öffentlichen Rechts nur die Rechte ihrer Mitglieder wahrnehmen[178]. Im übrigen kann nicht eine Selbstbeschränkung des Staates in bezug auf seine eigene Teilnahme am Wirtschaftsleben unter Hinweis auf Grundrechte für verfassungswidrig erklärt werden. Ein grundrechtlicher Schutz des Staates vor ihm selbst wäre widersinnig[179]. Auch andere Vorschriften des GG stehen einer Privatisierung von Staatsunternehmen nicht entgegen, insbesondere nicht Art. 15 GG[180].

---

[175] *Dürig*. Bay.VBl. 1959, 201; *Nipperdey*, BB 1951, 593; *Fröhler*, Bay.VBl. 1956, 135; *Hamann*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 73.

[176] Die Ausnahmen für prozessuale Grundrechte interessieren hier nicht.

[177] *Dürig*, a.a.O.; vgl. auch *Brenner*, BB 1962, 727, der die Grundrechte ihrem allgemeinen Rechtsgedanken nach anwenden will.

[178] z. B. öffentliche Sparkassen; im Ergebnis daher zutr. BVerwG in Bay.VBl. 1959, 88, 89.

[179] *Nipperdey*, a.a.O., *Fröhler*, a.a.O., *Frentzel*, Wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungen, S. 15.

[180] BVG in Bay.VBl. 1961, 213.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß der Staat ein verfassungsmäßig gesichertes Recht auf eigenwirtschaftliche Betätigung nicht hat. Damit erhebt sich die Frage, ob das GG die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand sogar verbietet oder einschränkt.

Ein solches Verbot ist selbstverständlich noch nicht daraus herzuleiten, daß das GG die Erwerbstätigkeit des Staats nicht schützt[181]. Was nicht grundrechtlichen Schutz genießt, ist noch nicht verfassungswidrig. Vielmehr ist zu fragen, ob Grundrechte der Bürger der wirtschaftlichen Betätigung des Staates und seiner Körperschaften entgegenstehen.

Dürig[182] erblickt in der Neuerrichtung oder Erweiterung erwerbswirtschaftlicher Unternehmen der öffentlichen Hand auf Kosten vorhandener und ausreichender Einrichtungen der Privatwirtschaft einen Verstoß gegen den Wesensgehalt des Art. 2 Abs. 1 GG. Es werde dadurch die Wettbewerbsfreiheit der privaten Unternehmen, also ihr Recht, »sich durch freie Leistungskonkurrenz auf dem Markt gegenüber anderen Unternehmen durchzusetzen«[183], verletzt. Das sei nur dann nicht der Fall, wenn das Subsidiaritätsprinzip beachtet werde, wie es in § 67 DGO zum Ausdruck gekommen sei, d. h. die eigenwirtschaftliche Betätigung müsse durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt sein und dieser dürfe nicht ebensogut und wirtschaftlich durch einen Privatunternehmer erfüllt werden oder erfüllt werden können. Fiskalisches Gewinnstreben könne niemals »öffentliches Interesse« darstellen[184].

Bedenken gegen die Auffassung *Dürigs* ergeben sich zunächst daraus, daß die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand der Grundrechtsbindung unterworfen wird, obwohl es sich dabei um »echte Fiskalverwaltung« handelt. Die Anwendung der Grundrechte auf die echte Fiskalverwaltung lehnt aber wohl auch *Dürig* ab[185]. Eine Umgehung der Grundrechtsbindung liegt bei der erwerbswirtschaftlichen Betätigung – im Gegensatz zur öffentlichen Verwaltung mit privatrechtlichen Mitteln – gerade nicht vor, so daß der Gesichtspunkt eines Rechtsformenmißbrauchs nicht herangezogen werden kann.

---

[181] So anscheinend *Schwierholz*, a.a.O., S. 69.

[182] *Maunz-Dürig*, GG, Art. 2, Abs. 1, Anm. 52; Bay.VBl. 1959, 201; JZ 1953, 193, 198; *Ipsen*, NJW 1963, 2107.

[183] *Maunz-Dürig*, a.a.O., Anm. 48.

[184] *Ipsen*, NJW 1963, 2107.

[185] *Maunz-Dürig*, Art. 1, Abs. 3, Anm. 135; siehe auch *Frentzel*, Wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungen, S. 6, der alle wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand den Grundrechten unterwirft.

Aber selbst wenn man die Grundrechte auch bei der Fiskaltätigkeit zur Anwendung brächte, wäre Art. 2 GG durch Errichtung und Betrieb öffentlicher Unternehmen nicht verletzt. Die privaten Unternehmen werden nicht in der freien Unternehmertätigkeit und der Teilnahme am Leistungswettbewerb gehindert, lediglich ihre Gewinnaussichten würden geschmälert[186]. Ein Recht auf einen bestimmten Kundenkreis gegenüber dem Leistungswettbewerb anderer Unternehmen besteht jedoch nicht[187]. Das GG garantiert nur die Freiheit des Handelns, nicht die Erhaltung günstiger Umstände derart, daß der beabsichtigte Geschäftserfolg erreicht wird[188].

Auch Art. 12 GG ist nicht verletzt, weil durch die Existenz öffentlicher Unternehmen niemand an der Ergreifung und Ausübung seines Gewerbes gehindert wird[189].

Ein Verstoß gegen Art. 14 kann bei fiskalischer Erwerbsbetätigung der öffentlichen Hand ebenfalls nicht erwogen werden, weil die Enteignung und der enteignungsgleiche Eingriff notwendig eine Maßnahme von hoher Hand voraussetzt[190].

Selbst wenn man mit *Torz*[191] aus Art. 15 GG ein Verbot »kalter Sozialisierung« auf dem Markt entnimmt, verstößt die wirtschaftliche Betätigung nicht gegen diese Vorschrift, da die öffentliche Hand in aller Regel nicht auf eine Marktbeherrschung abzielt[191a].

Schließlich steht die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand auch nicht in Widerspruch zu der in Art. 20 GG ausgesprochenen Verpflichtung zum Sozialstaat[192]. Die Teilnahme der öffentlichen Hand am Wirtschaftsleben ist sozial irrelevant. Was aber nicht positiv sozial ist, braucht noch nicht sozialwidrig zu sein[193].

---

[186] *Schwierholz,* a.a.O., S. 109.

[187] BGH in NJW 1956, 588, BVerwG E 1, 165, 168; 2, 85, 88; *Baumbach-Hefermehl* a.a.O., I. Allg. Anm. 95; *Hamann,* Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 123; *Fabian,* a.a.O., S. 113.

[188] *Erckens,* Funkwerbung durch die öffentliche Hand, S. 43.

[189] *Schwierholz,* a.a.O., S. 111.

[190] *Fabian* a.a.O., S. 121; *Schwierholz,* a.a.O., S. 113.

[191] *Torz,* DÖV 1958, 205; vgl. auch *Frentzel,* Wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungen, S. 10.

[191a] Vgl. hierzu jetzt auch BVerwG in BB 1964, 663.

[192] So zu Unrecht *Schwierholz,* a.a.O., S. 80.

[193] *Erckens,* a.a.O., S. 56; *Fabian,* a.a.O., S. 117.

Als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz, der die eigenwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand begrenzen könnte, wird vielfach das Subsidiaritätsprinzip herangezogen, das nach *Maunz*[194] und *Dürig*[195] ein »objektives juristisches Vorrang- und Zuständigkeitsprinzip« darstellt und in § 67 DGO und dessen Nachfolgebestimmungen seinen Ausdruck gefunden hat.

Es ist nicht zu übersehen, daß dieser Grundsatz der Verteilung der staatlichen Aufgaben zwischen Bund und Ländern sowie zwischen Ländern und Gemeinden weitgehend zugrunde liegt. Ob daraus jedoch gefolgert werden kann, daß es sich um einen zwingenden Verfassungsgrundsatz handelt, erscheint fraglich[196]. Der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee hat eine ausdrückliche Verankerung im GG abgelehnt[197]. Nicht jede der Verfassung zugrunde liegende politische Idee ist geltendes Verfassungsrecht. Dies gilt um so mehr für die Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips im Verhältnis zwischen Staatswirtschaft und Privatwirtschaft. Es geht hier um eine Frage der Wirtschaftsverfassung, die nicht notwendig im gleichen Sinn wie die allgemeine Verfassungsorganisation geregelt sein muß. § 67 DGO kann auch schwerlich als Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips gelten, weil dem nationalsozialistischen Gesetzgeber, der die Bestimmung schuf, sicher nichts ferner lag, als einen solchen, dem damaligen Zentralismus geradezu entgegengesetzten Grundsatz gesetzlich zu verankern. Gesetzgeberisches Motiv waren vielmehr in erster Linie die günstigste Ausnutzung der wirtschaftlichen Gesamtkapazität und der Schutz der Gemeinden, daneben noch der Schutz der Privatwirtschaft[198]. In der bloßen Übernahme des § 67 DGO durch die Landesgesetzgeber – mit geringen Änderungen – kann deshalb auch nicht die Anerkennung des Subsidiaritätsgrundsatzes im wirtschaftlichen Bereich als geltender Verfassungssatz gefunden werden, zumal die Landesgesetzgeber nicht das GG authentisch interpretieren oder einen neuen Satz der Bundesverfassung ins Leben rufen konnten.

Einschränkungen der öffentlichen Wirtschaftsbetätigung müssen sich weiter dann ergeben, wenn aus dem GG ein bestimmtes Wirtschaftssystem als verfassungsrechtliche Entscheidung folgt, das die eigenwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand nicht oder nur in gewissem Umfang zuläßt.

---

[194] Verw.Arch. 50, 315; ähnlich *Ipsen*, NJW 1963, 2054.

[195] a.a.O., so auch *Brenner*, BB 1962, 727.

[196] Ablehnend LG Hannover in BB 1962, 733.

[197] *Maunz*, Deutsches Staatsrecht, S. 63.

[198] Vgl. Ziff. 1, insbes. Buchst. c der amtl. Begründung, abgedruckt bei *Surén-Loschelder*, DGO § 67 Erl. 1; BGH in GRUR 1962, 159.

Obwohl das GG keine ausdrückliche Regelung des Wirtschaftslebens getroffen hat, vertritt doch ein Teil des Schrifttums[199] die Auffassung, das Bekenntnis des GG zu einem bestimmten Wirtschaftssystem ergebe sich aus dem Gesamtzusammenhang seiner Vorschriften und seiner Gesamttendenz.

Dabei ist von besonderer Bedeutung für die Zulässigkeit der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand die Lehre *Nipperdeys*[200], daß dem GG allein das System der »sozialen Marktwirtschaft« entspreche. Er folgert dieses Ergebnis aus dem liberalistischen Charakter des GG, insbesondere aus den Freiheitsgarantien der Art. 2 und 14 GG[201].

Bedenken gegen diese Auffassung ergeben sich schon daraus, daß der Begriff der »sozialen Marktwirtschaft« nicht dem Recht, sondern der Volkswirtschaftslehre angehört, es sich auch nicht um einen eindeutig festliegenden Normenkomplex handelt, der nur übernommen werden müßte. Die Existenz der Grundrechte weist auch nicht notwendig auf eine liberale Marktwirtschaft hin. Die Freiheitsgarantien finden durchaus auch in einem nichtmarktwirtschaftlichen System, z. B. einer »Planwirtschaft der leichten Hand«, ihren Platz[202]. Mit Recht rügt auch *Huber*[203] an der Lehre *Nipperdeys* die Vernachlässigung des sozialstaatlichen Gesichtspunktes, wie er in Art. 20, aber auch Art. 15 GG zum Ausdruck kommt. Er entnimmt dem GG eine gemischte Wirtschaftsverfassung, bei der sich Freiheitsrechte und soziale Verpflichtungen die Waage halten[204].

Auf Grund der Lehre von einer gemischten Wirtschaftsverfassung stellt *v. Gamm*[205] einen Katalog von Voraussetzungen auf, von deren Vorhandensein die Zulässigkeit eigenwirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand abhängen soll. Er ist dabei m. E. der Versuchung erlegen, bestimmte wirtschaftspolitische Vorstellungen als allein rechtmäßig in das GG hineinzudeuten. Der Umstand, daß der Verfassungsgeber von einer Regelung des Wirtschaftslebens im GG ausdrücklich abgesehen hat, darf aber bei der Auslegung nicht außer Betracht bleiben.

---

[199] Übersicht bei *Huber*, DÖV 1956, 97, 135, 172, 200.

[200] Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik; Soziale Marktwirtschaft und GG; Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht.

[201] *Schwierholz*, a.a.O., S. 99, 137; *W. Voigt*, a.a.O., S. 23 und *Fabian*, a.a.O., S 67, folgern daraus die Unzulässigkeit der Neugründung öffentlicher Erwerbsunternehmen.

[202] *Hamann*, Wirtschaftsverfassungrecht, S. 32;

[203] a.a.O.

[204] Ähnlich *Hamann*, a.a.O.

[205] GRUR 1959, 303.

Krüger[206] folgerte hieraus, daß die Nichtentscheidung als Verfassungszustand auf dem Gebiet der Wirtschaft zu gelten habe, wie dies auch dem relativistischen Standpunkt der Demokratie entspreche. Das GG habe der Gesetzgebung und Regierung verwehrt, Wirtschaftspolitik als Verwirklichung eines wirtschaftstheoretischen Systems zu verstehen und sie darauf beschränkt, Wirtschaftspolitik unter wirtschaftstheoretisch wertneutralen Gesichtspunkten zu treiben, also etwa zur Sicherung der staatlichen Existenz, zur Abkehr von Gefahren für die Allgemeinheit und zur undogmatischen Förderung der öffentlichen Wohlfahrt.

Krüger hebt zutreffend den Gesichtspunkt der wirtschaftspolitischen Neutralität des GG hervor. Er geht aber zu weit, diese gewährte Freiheit als Forderung an den Staat aufzustellen; es handelt sich nur um eine Befugnis, von der die Wirtschaftspolitik Gebrauch machen kann, nicht muß. Sie kann durchaus auch einem wirtschaftstheoretischen System folgen, ist aber an ein solches nicht gebunden. Krisen und Notlagen aller Art können das Abweichen von einem bisher eingehaltenen System erfordern. Es ist daher der in der Rechtsprechung herrschenden Auffassung[207] beizutreten, daß der Gesetzgeber und die Regierung die jeweils sachgemäße Wirtschaftspolitik verfolgen können, sofern sie dabei das GG, d. h. seine einzelnen Vorschriften, beachten[208]. Die gegenwärtige Wirtschafts- und Sozialordnung ist eine nach dem GG mögliche, doch nicht die allein mögliche Ordnung. Daraus ist zu folgern, daß auch aus einem ungeschriebenen Wirtschaftsverfassungsrecht für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eigenwirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand nichts entnommen werden kann.

Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung[209] steht dem Staat eine Befugnis zu eigenwirtschaftlicher Betätigung insoweit nicht zu, als er sich mit ausschließlich erwerbswirtschaftlichen Absichten am Wirtschaftsleben beteiligt. Die Begründung hierfür wird aus allgemeinen staatstheoretischen Erwägungen abgeleitet: Der Staat habe keine privaten, sondern nur öffentliche Zwecke zu erfüllen, weil er nicht anders als im Rahmen des Gemeinwohls tätig werden dürfe. Der primäre Zweck der Gewinnerzielung,

---

[206] DVBl. 1951, 361.

[207] BVG in NJW 1954, 1236; 1958, 1035; *Fischerhof* NJW 1952, 919;

[208] *Torz,* DÖV 1958, 205; stellt ein System von Grenznormen auf, innerhalb deren nur der Staat rechtmäßig handeln könne. Nach *Reuß* DVBl. 1961, 875, findet das wirtschaftliche Gestaltungsermessen außer an den einzelnen Verfassungsvorschriften auch an dem »Insgesamt« des GG, an den Wert-Leitbildern, die ihm vorschweben, seine Grenzen.

[209] *Becker,* VVDSt. 19, 249; *Krüger,* VVDSt. 19, 261.

verbunden mit der Absicht, durch die Einnahmeerzielung den Staatshaushalt zu entlasten, könne nicht als zulässiger öffentlicher Zweck anerkannt werden.

Die Auffassung geht über die rechtsgeschichtliche Entwicklung der öffentlichen Wirtschaft und eine jahrhundertelange Rechtsüberzeugung hinweg. Auch in einem Rechtsstaat sind vielerlei Wirtschaftsformen möglich, insbesondere auch eine Vergesellschaftung von Produktionsmitteln. Die Frage kann nur sein, ob das GG ausdrücklich oder stillschweigend die eigenwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in einem bestimmten Sinne regelt. Das ist aber, wie dargelegt, nicht der Fall.

In ähnlicher Weise kommt *Hamann*[210] über den Rechtsstaatsgrundsatz des Art. 20 GG zu einer Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigung. Ihm zufolge gilt der Gesetzesvorbehalt nicht nur für die Ausübung öffentlicher Gewalt, sondern für jede Art von Staatstätigkeit[211]. Verstehe man den Staat als Rechtsbegriff (nicht als Faktizität), dann stelle die Bindung an Gesetz und Recht nicht nur Aussage für ein rechtliches Dürfen, sondern ebenso für ein rechtliches Können dar. Daher müsse jede erwerbswirtschaftliche Tätigkeit des Staats auf einer gültigen Rechtsnorm beruhen; in formeller Hinsicht bedürfe es eines Gesetzes, in materieller Hinsicht müsse dieses durch einen Verfassungssatz getragen sein. Als Verfassungsgrundlage komme in erster Linie das Sozialstaatsprinzip in Betracht (Art. 20 GG). Eine wirtschaftliche Betätigung, der diese Rechtfertigung fehle, sei schlechthin rechtswidrig und zivilrechtlich nichtig[212]. Eine solche nicht legitime erwerbswirtschaftliche Betätigung des Staats könne zugleich unlauteren Wettbewerb darstellen. Wenn das Rechts- und Sozialstaatsprinzip der wirtschaftlichen Tätigkeit des Staats enge Grenzen ziehe, dann bedeute das zugleich einen Schutz vor übermächtiger öffentlicher Konkurrenz und lasse einen solchen Wettbewerb »verboten« erscheinen.

Die Rechtsprechung hat bisher überwiegend die Bindung der vollziehenden Gewalt an den Grundsatz des Gesetzesvorbehalts über die Eingriffsverwaltung hinaus verneint[213]. Eine Erstreckung auf den Bereich der ge-

---

[210] Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 41, 74; NJW 1957, 1422; zustimmend OLG München in WRP 1958, 51.

[211] So ein großer Teil der Lehre, vgl. z. B. *Mallmann*, VVDSt. 19, 165; *Gröpl*, Bay.VBl. 1962, 193.

[212] Rechtfertigung bestehender Unternehmen nach *Hamann* durch Art. 134, 135, 110, Abs. 4 GG.

[213] BVG in DÖV 1959, 302; BVerwG in MDR 1960, 345; NJW 1961, 137; vgl. Hess. VGH in DÖV 1963, 880 mit zahlreichen Nachweisen.

währenden Hoheitsverwaltung mag billigenswert erscheinen. Verlangte man aber für den Gesamtbereich der Verwaltung im Einzelfall eine gesetzliche Grundlage, so bedeutete das das Ende der öffentlichen Verwaltung als gestaltender Tätigkeit und ihre Umwandlung in den reinen Gesetzesvollzug[214]. Eine noch stärkere Veränderung des überkommenen Verwaltungsrechts müßte die Bindung auch des Fiskus an den Gesetzesvorbehalt bedeuten, die sich ja nicht auf die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit beschränken könnte, sondern auch z. B. Erwerb und Besitz landwirtschaftlicher und städtischer Grundstücke beträfe, sofern noch kein bestimmter öffentlicher Verwendungszweck ins Auge gefaßt wäre. Es muß bezweifelt werden, ob der Verfassungsgesetzgeber mit der Schaffung des Art. 20 GG solche Folgen beabsichtigte. Man wird Art. 20 GG seinem Wortlaut entsprechend nur auf die vollziehende »Gewalt«, also die hoheitliche Betätigung, beziehen dürfen[215]. Die Gründung erwerbswirtschaftlich-fiskalischer Unternehmen ist aber kein Hoheitsakt[216]. Eine »Legalitätsbindung« wäre auch nur dann praktisch brauchbar, wenn sie in einer Generalermächtigung zum Handeln im öffentlichen Interesse bestünde. Je weiter die Gesetzesgrundlage gehalten werden müßte, desto geringer wäre aber ihr Wert[217].

Die erheblichsten Bedenken gegen die Auffassung *Hamanns* müssen aber vom Standpunkt der Wahrung der Rechtssicherheit aus erhoben werden: Es kann nicht anerkannt werden, daß Gründung und Betrieb eines öffentlichen Unternehmens nichtig seien, wenn eine gesetzliche Grundlage fehle oder die erwerbswirtschaftliche Betätigung sich nicht in ihrem Rahmen hielte[218]. Das müßte vor allem dann zu bedenklichen Folgen führen, wenn ein anfänglich vorhandener öffentlicher Zweck nach einer gewissen Zeitspanne zurückträte und schließlich ganz in Wegfall käme. Dann müßte von jenem unbestimmten Zeitpunkt ab die Nichtigkeit aller Betriebshandlungen angenommen werden.

Selbst wenn man daher im übrigen die Auffassung *Hamanns* teilte[219], könnten die Vorschriften des BGB über die anfängliche Nichtigkeit auf eine ohne rechtfertigende Grundlage begonnene oder fortgeführte wirtschaftliche Tätigkeit nicht angewendet werden. Die gleichen Überlegungen, die im Gesellschaftsrecht zur Anerkennung faktischer Rechtsgebilde und zur An-

---

[215] So auch *Erckens*, a.a.O., S. 65/66.

[216] *Fabian*, a.a.O., S. 221; abwegig *Vetter*, a.a.O, S. 45.

[217] Vgl. dazu *Leisner*, Grundrechte, S. 200.

[218] *Torz*, DÖV 1958, 205.

[219] Wie anscheinend OLG München in WRP 1958, 51.

nahme der Nichtigkeitsfolgen erst für die Zukunft führen[220], insbesondere der Vertrauensgrundsatz, müßten auch in diesem Fall Platz greifen, so daß nur eine Pflicht zur Privatisierung oder Liquidierung des Unternehmens binnen angemessener Frist unter Berücksichtigung der volkswirtschaftlichen Möglichkeiten in Frage kommen könnte. *Ipsen*[221] nimmt ein »im weiten Rahmen wirtschaftspolitischen Gestaltungsermessens« bestehendes Verfassungsgebot des Gesetzgebers an, die staatliche erwerbswirtschaftliche Betätigung abzubauen, soweit – nach seiner Auffassung – Art. 2 GG einer Neugründung der betreffenden Unternehmen entgegenstünde. Ein Gebot, dessen Erfüllung in das Ermessen desjenigen, an den es sich richtet, gestellt ist, dürfte aber kaum sinnvoll sein. Auch hierbei wird deutlich, daß es sich bei der Frage der Privatisierung um weitreichende wirtschaftspolitische Entscheidungen handelt, die einer rechtlichen Reglementierung kaum zugänglich sind.

Daß die erwerbswirtschaftliche Betätigung ohne gesetzliche Grundlage jedenfalls keinen unlauteren Wettbewerb darstellt, wird noch darzulegen sein. Auch ein Schutzgesetz zugunsten privater Unternehmer, § 823 Abs. 2 BGB, die diese zur Unterlassungsklage und zum Schadenersatz berechtigen würden, kann in Art. 20 GG nicht erblickt werden, weil die Vorschrift im allgemeinen Staatsinteresse und nicht auch zugunsten einzelner besteht.

2. *Rechtslage nach den Länderverfassungen*

Unter den Länderverfassungen ist die Bayerische Verfassung von besonderem Interesse, weil sie im Gegensatz zum GG in ihrem 4. Hauptteil Bestimmungen über »Wirtschaft und Arbeit« enthält, wobei je ein Abschnitt der Wirtschaftsordnung (Art. 151–157) und dem »Eigentum« (Art. 158–162) gewidmet ist. Nach Art. 160 BV steht das Eigentum an Bodenschätzen, die für die allgemeine Wirtschaft von größerer Bedeutung sind, an wichtigen Kraftquellen, Eisenbahnen und anderen der Allgemeinheit dienenden Verkehrswegen und Verkehrsmitteln, an Wasserleitungen und Unternehmungen der Energieversorgung in der Regel Körperschaften oder Genossenschaften des öffentlichen Rechts zu. Ob die Vorschrift nur die Eigentumsverfassung oder auch die Wirtschaftsbetätigung der öffentlichen Hand betrifft, kann fraglich sein. So können Bodenschätze, Kraftquellen und dgl. durchaus im Eigentum juristischer Personen des öffentlichen Rechts stehen, ihre Ausnutzung aber Privatunternehmen überlassen sein. Die Aufführung von

[220] Vgl. *Hueck*, Gesellschaftsrecht, S. 59.

[221] NJW 1963, 2108.

»Unternehmen der Energieversorgung« zeigt aber, daß nicht nur das Eigentum an den Produktionsgrundlagen, sondern die wirtschaftliche Nutzung der öffentlichen Hand regelmäßig vorbehalten werden sollte.

Wie aber aus der Ausdrucksweise der Verfassung »in aller Regel« zu entnehmen ist, sollte kein rechtliches Monopol auf dem Gebiet der Versorgungswirtschaft geschaffen werden, so daß privatwirtschaftliche Tätigkeit auch hier zulässig ist. Aus der gleichen Formulierung ist auch zu folgern, daß es sich nur um einen Programmsatz handeln kann; andernfalls fehlte es an dem Bestimmtheitserfordernis. *Fischerhof*[222] geht aber zu weit, wenn er der Vorschrift jede Rechtswirkung absprechen will; sie enthält vielmehr die Billigung eigenwirtschaftlicher Betätigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts (also auch des Staates) auf den genannten Gebieten, insbesondere auf denen der Daseinsvorsorge.

Sicherlich kann der Bestimmung aber nicht entnommen werden, daß öffentliche Körperschaften als Unternehmensträger im Wettbewerb mit bestehenden Privatbetrieben Vorzüge genießen sollen oder daß es jenen gar gestattet werden sollte, durch Vernichtungswettbewerb gegenüber Privatunternehmen den verfassungsmäßigen »Regelfall« herbeizuführen.

Als Verfassungsnorm, die sowohl die Zulässigkeit eigenwirtschaftlicher Betätigung als auch deren Art und Weise regeln könnte, kommt Art. 153 BV in Betracht. Nach dieser Vorschrift sind selbständige Kleinbetriebe und Mittelstandsbetriebe in Landwirtschaft, Handwerk, Handel, Gewerbe und Industrie in Gesetzgebung und Verwaltung zu fördern und gegen Überlastung und Aufsaugung zu schützen. Es fragt sich, ob diese Bestimmung auch die öffentliche Hand bei ihrer Teilnahme am Wirtschaftsleben bindet. Man könnte der Vorschrift entnehmen, daß, wenn es schon staatliche Aufgabe ist, jene Unternehmen vor Aufsaugung zu schützen, erst recht die öffentliche Hand bei der Gründung öffentlicher Unternehmen und bei deren Wettbewerb besondere Rücksichtnahme walten lassen und Schädigungen solcher Unternehmen vermeiden müßte, auch wenn sie Folge sonst erlaubten Leistungswettbewerbs wären[223]. Der Begriff der »Verwaltung« umfaßt an sich auch die eigenwirtschaftliche Betätigung, wie sich aus dem 7. Abschnitt der BV, insbesondere Art. 81 ergibt. *Hamann*[224] verneint jedoch die Fortgeltung des Art. 153 BV, weil die darin zum Ausdruck kommende Privilegierung

---

[222] DÖV 1960, 41.

[223] *Fabian*, a.a.O., S. 190; nach BVG 6, 55, 76 bedeutet der Begriff des Schützens auch den Verzicht des Staates auf eigene störende Eingriffe.

[224] Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 26.

einzelner Wirtschaftszweige gegen Art. 3 GG verstoße. Dagegen ist einzuwenden, daß man von einer willkürlichen Bevorzugung wohl nicht sprechen kann, da Art. 153 BV sich im Rahmen der Sozialstaatsklausel des Art. 20 GG hält. Art. 153 BV ist aber nur ein Programmsatz, nicht unmittelbar geltendes Recht[225], wie seiner allgemein gehaltenen Fassung zu entnehmen ist.

Der Bayer. VGH[226] führt zur Frage der Zulässigkeit der Errichtung eines staatlichen Schulbuchverlages aus, daß die Errichtung eines Regiebetriebes durch keine Bestimmung der BV, insbesondere auch nicht durch Art. 153, verboten sei. Möge auch die Einrichtung und Tätigkeit des Schulbuchverlags privaten Verlagen gewisse Nachteile bringen, so sei ein gesetzlicher Schutz dagegen ebensowenig gegeben, wie wenn etwa der Staat seine staatliche Zeitung, die bisher in einem privaten Verlag erschienen ist, in Selbstverlag nähme, oder einen staatlichen Auftrag, der bisher an eine einzige Firma vergeben war, zur besseren Verteilung an mehrere Firmen vergäbe.

Ob Art. 153 BV als verfassungsrechtliche Wertentscheidung etwa bei der Auslegung von § 1 UWG zu berücksichtigen ist, wird noch zu prüfen sein.

III. Verwaltungsrechtliche Beschränkungen der eigenwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand

1. Funktionsgrenzen juristischer Personen des öffentlichen Rechts

Eine neuere Entscheidung des BGH[227] hat gerade für die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand Bedeutung erlangt. In ihr hat der BGH die These aufgestellt, daß Rechtsgeschäfte, die eine juristische Person des öffentlichen Rechts durch ihre Organe außerhalb ihres durch Gesetz oder Satzung bestimmten Wirkungskreises vornehme, rechtsunwirksam seien. Geht man von diesem Rechtssatz aus, so ist einer juristischen Person des öffentlichen Rechts die eigenwirtschaftliche Betätigung untersagt, wenn ihre sich aus Gesetz oder Satzung ergebenden Funktionsgrenzen die eigene Teilnahme

[225] Bay.VfGH in VGH n. F. 2 II 141; Bay.VBl. 1958, 51; *Hoegner*, Lehrbuch der Bayerischen Verfassung, S. 182; *Nawiasky-Leusser*, Bayerische Verfassung, S. 231/232.

[226] VGH n. F. 5, 224.

[227] BGHZ 20, 119.

am Wirtschaftsleben nicht gestatten; der BGH hat in seinem Urteil den Kaufvertrag einer Außenhandelsstelle für Fischwirtschaft für nichtig erklärt, den diese mit der Absicht der Erzielung von Einnahmen abgeschlossen hatte. In dem Streit um die Zulässigkeit des Werbefunks und Werbefernsehens leitete ein Teil des Schrifttums[228] aus den Funktionsgrenzen der Rundfunkanstalten die Unzulässigkeit einer solchen wirtschaftlichen Betätigung her.

Die Entscheidung des BGH ist in Begründung und Ergebnis umstritten. Sie stützt sich auf eine von *Forsthoff*[229] vertretene Lehrmeinung. Danach ist jeder unterstaatlichen juristischen Person des öffentlichen Rechts nur ein bestimmter Bereich des staatlichen Verwaltungsimperiums zur Betätigung übertragen. Nur innerhalb dieses durch ihren Aufgabenbereich gezogenen Wirkungskreises ist sie zu rechtswirksamen öffentlich-rechtlichen Handlungen befugt. Verwaltungsakte, die sie außerhalb ihres Aufgabengebiets erläßt, sind nichtig. Vergleichbar ist diese Begrenzung mit der sachlichen Zuständigkeit; die Funktionsgrenzen sind jedoch nicht mit der Zuständigkeit identisch, sondern beruhen auf den besonderen Voraussetzungen der unterstaatlichen juristischen Personen. *Forsthoffs* Auffassung hat der BGH auf rechtsgeschäftliche Handlungen der juristischen Personen des öffentlichen Rechts ausgedehnt. Nach ihm ist auch ein Rechtsgeschäft, das außerhalb des zugewiesenen Wirkungskreises vorgenommen wird, nichtig, denn nur im Rahmen ihres Aufgabenbereichs seien die Körperschaften zu rechtswirksamem Handeln befugt. Ob dieses Ergebnis daraus zu folgern sei, daß die juristischen Personen des öffentlichen Rechts nur innerhalb des ihnen zugewiesenen Wirkungskreises rechtlich vorhanden oder rechtsfähig seien (Lehre von der Teilperson, ultra-vires-Lehre), hat der BGH ausdrücklich dahingestellt gelassen.

Die Entscheidung des BGH hat *Fuß*[230] der Kritik unterworfen, in der er zutreffend darauf hinweist, daß hoheitliche Handlungen und Rechtsgeschäfte in der Frage der Funktionsgrenzen nicht gleich behandelt werden können. Während bei Hoheitsakten, die außerhalb des Aufgabenbereichs vorgenommen werden, die Nichtigkeit aus der fehlenden Befugnis der Körperschaft zur Ausübung der Hoheitsgewalt jenseits des eigenen Wirkungskreises folgt, bedarf es zur wirksamen Vornahme eines Rechtsgeschäfts keiner solchen besonderen, der juristischen Person verliehenen Befugnis. Die

---

[228] *Löffler*, BB 1956, 729; *Rosenberg*, ZZP 70, 285, dagegen *Forsthoff*, DÖV 1957, 97; OLG München in WRP 1958, 51; *Ipsen*, NJW 1963, 2054.

[229] Verwaltungsrecht, S. 423.

[230] DÖV 1956, 566; ebenso: *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., I, Allg. Anm. 95. ebenso: *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., I, Allg. Anm. 95.

Fähigkeit zur wirksamen Vornahme von Rechtsgeschäften (die nicht identisch ist mit der Handlungsfähigkeit natürlicher Personen) beruht vielmehr auf der Rechtsfähigkeit im Zivilrecht, die ja, da die ultra-vires-Lehre im deutschen Recht nicht anerkannt ist, auch für juristische Personen des öffentlichen Rechts in vollem Umfang besteht. Aus der Fähigkeit, Träger von Rechten zu sein, folgt auch notwendig die Fähigkeit, Rechte erwerben zu können. Dagegen hat die Befugnis zur Ausübung hoheitlicher Gewalt mit der Rechtsfähigkeit nichts zu tun und setzt diese auch nicht voraus (auch eine Behörde kann ihr Träger sein). Hoheitsrechte hat daher eine öffentliche Körperschaft nur soweit, als ihr solche übertragen sind, also nur im Rahmen ihrer Aufgaben; die Fähigkeit zur Vornahme von Rechtsgeschäften beliebiger Art folgt dagegen aus der unbeschränkten Rechtssubjektivität. Damit ist die These des BGH von der Fähigkeit zu rechtsgeschäftlichem Handeln nur innerhalb der Funktionsgrenzen nicht aufrechtzuerhalten.

Mit Recht stellt *Fuß*[231] auch fest, daß die den Aufgabenbereich der Körperschaft umschreibenden Organisationsnormen in der Regel keine gesetzlichen Verbote nach § 134 BGB darstellen. Jedoch kann eine Auslegung zu einem anderen Ergebnis führen, was *Fuß*[232] in dem vom BGH entschiedenen Fall wohl mit Recht bejaht.

Im Schrifttum[233] wird darüber hinaus die Auffassung vertreten, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts sei die erwerbswirtschaftliche Betätigung dann untersagt, wenn dadurch die ihr übertragenen öffentlichen Aufgaben beeinträchtigt oder vereitelt würden. Es dürfte aber im allgemeinen Sache der Aufsichtsbehörden sein, die darin liegende Vernachlässigung der öffentlichen Aufgaben zu unterbinden. Die Interessenkollision als Nichtigkeitsgrund heranzuziehen, erweckt Bedenken. Sie ist Nichtigkeitsgrund über den Bereich ausdrücklicher Regelung (insbesondere § 181 BGB) hinaus weder im Zivilrecht[234] noch im öffentlichen Recht (z. B. erteilt sich der Staat selbst die erforderlichen ordnungsrechtlichen Genehmigungen für seine erwerbswirtschaftliche Betätigung). Aus dem Umstand, daß der Staat gleichzeitig Träger der Wirtschaftspolitik und Unternehmensinhaber ist (ähnlich die Gemeinden), kann nicht auf die Unzulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung geschlossen werden. Der Interessenkonflikt muß in der

---

[231] a.a.O.

[232] a.a.O.

[233] *Baumbach-Hefermehl*, I, Allg. Anm. 95; *Erckens*, a.a.O., S. 68; *Fuß*, a.a.O; vgl. neuerdings BGH in BB 1964, 54.

[234] Vgl. *Enneccerus-Nipperdey*, a.a.O., S. 1112.

Person des handelnden Bediensteten oder doch innerhalb der gleichen Stelle vorliegen. Nur dann kommt die Unwirksamkeit der Erwerbsgeschäfte in Analogie zu § 181 in Betracht[235].

Im übrigen führt in vielen Fällen die Beschränkung der Vertretungsmacht der handelnden Organe[236] dazu, daß Rechtsgeschäfte, die mit dem Aufgabenbereich der juristischen Person nichts zu tun haben, unwirksam sind. Auch hieraus ergibt sich im Ergebnis eine Beschränkung eigenwirtschaftlicher Betätigung.

2. *Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden und Gemeindeverbände*

Die Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden und Gemeindeverbände hat große praktische Bedeutung. Der Gesetzgeber hat hier zwar nur die Unternehmertätigkeit einer bestimmten Kategorie juristischer Personen begrenzt, die Gemeinden sind jedoch nach dem Staat die bedeutendsten Träger der öffentlichen Wirtschaft. Die folgenden, die Gemeinden betreffenden Ausführungen gelten entsprechend auch für die Gemeindeverbände.

Die Regelung des Art. 67 DGO wurde in ihrem Grundgedanken von den Ländergemeindeordnungen übernommen und dabei teilweise verschärft oder abgeschwächt. Am stärksten beschränkte Art. 75 BayGO die wirtschaftliche Betätigung. Die folgende Darstellung muß sich aus Raumgründen damit begnügen, diese Regelung näher zu erörtern. Nach Art. 75 Abs. 1 und 2 BayGO darf die Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen oder erweitern, wenn 1. der öffentliche Zweck das Unternehmen erfordert, 2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht, 3. der Zweck nicht ebensogut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Die Bedeutung dieser Vorschrift kann hier nur umrissen werden[237]. Unter den Begriff »wirtschaftliches Unternehmen« fallen diejenigen kommunalen Einrichtungen, »die gegen Entgelt Anlagen unterhalten oder Leistungen bewirken, die auch durch private Unternehmen mit der Absicht der Gewinn-

---

[235] Vgl. *v. Turegg*, Verwaltungsrecht, S. 125; *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht S. 273.

[236] Vgl. dazu BGHZ 20, 119 und die dortigen Nachw.

[237] Wegen der Einzelheiten vgl. die Kommentare zu den Gemeindeordnungen der Länder und *Surén*, Gemeindewirtschaftsrecht, S. 139.

erzielung den Abnehmern zur Verfügung gestellt werden können«[238]. Nicht hierher gehören daher Unternehmen, die zum spezifischen Bereich der öffentlichen Verwaltung zählen und sich nicht für einen Betrieb durch Privatpersonen eignen, z. B. weil sie nur unter Einsatz von Hoheitsgewalt geführt werden können, wie etwa Schlachthäuser, Fleischbeschaueinrichtungen und dgl.[239]. Keine wirtschaftlichen Unternehmen sind auch Einrichtungen, zu deren Errichtung und Betrieb die Gemeinden gesetzlich verpflichtet sind, sowie Einrichtungen des Unterrichts-, Erziehungs- und Bildungswesens, der körperlichen Ertüchtigung und der Kranken, Gesundheits- und Wohlfahrtspflege[240]. Eine sehr bedeutsame weitere Einschränkung ergibt sich aus dem Urteil des BayVfGH vom 23. Dezember 1957, wonach Art. 75 Abs. 1 und 2 GO nur in der Auslegung mit der Bayrischen Verfassung vereinbar ist, daß öffentliche Versorgungs- und Verkehrsunternehmen nicht von der Vorschrift erfaßt werden[241].

Die rein erwerbswirtschaftliche Betätigung ist für die Gemeinden somit ausnahmslos unzulässig, weil das Ziel, Einnahmen für den Haushalt der Gemeinde zu erzielen, keinen öffentlichen Zweck im Sinne des Art. 75 GO darstellt. Für die Anwendbarkeit der genannten Vorschrift ist nicht entscheidend, in welcher Rechtsform die Gemeinde am Wirtschaftsleben teilnimmt. Ein »Unternehmen« im Sinne einer Organisationseinheit braucht nicht vorzuliegen, nur eine auf Dauer berechnete eigenwirtschaftliche Tätigkeit. Soweit nicht die oben bezeichneten Ausnahmen eingreifen, unterliegt auch die Errichtung, Übernahme oder Erweiterung einer öffentlich-rechtlich organisierten Anstalt den Beschränkungen des Art. 75 GO[242]. Um eine Gesetzesumgehung auszuschließen, muß dasselbe für Eigengesellschaften (GmbH, AG) gelten[243]. Jede mit einem gemeindlichen Betrieb zusammenhängende Tätigkeit ist gesondert auf ihre Zulässigkeit zu prüfen. Es ist daher z. B. einem städtischen Versorgungsunternehmen nicht gestattet, in seine Kunden-

---

[238] So die allgemeine Ansicht im Anschluß an § 86 des pr. Gemeindefinanzgesetzes und die Ausführungsanweisung zur DGO; vgl. *Stern*, Bay.VBl. 1962, 130 mit weiteren Nachweisen.

[239] Vgl. *Masson*, Bayerische Kommunalgesetze, Art. 75, Anm. 2.

[240] *Nerreter*, Bay.Bgm. 1953, 121, 145; *Helmreich-Widtmann*, BayGO, Art. 75, Anm. 3; *Stern* a.a.O.

[241] Kritisch zu diesem Urteil *Eiser-Riederer*, Energiewirtschaftsrecht VIII, 19; *Fischerhof*, DÖV 1960, 42; *Stern*, Bay.VBl. 1962, 129.

[242] *Surén*, a.a.O., S. 142.

[243] LG Wiesbaden, NJW 1961, 2118; nach a.A. (*Masson* a.a.O., Anm. 2) finden Art. 77 und 78 BayGO Anwendung.

zeitschrift gegen Entgelt Werbeanzeigen von Privatunternehmen aufzunehmen[244]. Auch der Verkauf von überschüssigem Blockeis durch ein gemeindliches Schlachthaus ist an Hand von Art. 75 BayGO zu prüfen[245].

Von großer Bedeutung für Privatunternehmen, deren Interessen durch eine gemeindliche Wirtschaftsbetätigung beeinträchtigt werden, ist die Frage, ob sie die Einhaltung der den Gemeinden für die wirtschaftliche Betätigung gezogenen Schranken durch die Einlegung von Rechtsmitteln erzwingen können. Unbestritten steht den privaten Mitbewerbern wie jedermann die Beschwerde zur Rechtsaufsichtsbehörde zu. Die Ablehnung einzuschreiten ist aber kein Verwaltungsakt dem Beschwerdeführer gegenüber, den dieser vor dem Verwaltungsgericht anfechten könnte[246]. Eine verwaltungsgerichtliche Klage auf Unterlassung der Errichtung, Übernahme oder Erweiterung eines Unternehmens müßte sich auf ein entsprechendes subjektives Recht stützen können.

Der BayVGH[247] hielt zwar eine Unterlassungsklage für zulässig, da Art. 75 eine öffentlich-rechtliche Beschränkung des Selbstverwaltungsrechts und keine Norm des privaten Wettbewerbsrecht darstelle. Er verneinte jedoch ein subjektives Recht privater Unternehmer gegen die Gemeinde auf Einhaltung der Grenzen des Art. 75. Bei der Schaffung der die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden beschränkenden Vorschriften sei der Gesetzgeber von ausgesprochen wirtschaftspolitischen Zielsetzungen ausgegangen. Aus der fehlenden Regelung eines Anspruchs privater Unternehmen im Gesetz müsse geschlossen werden, daß der Gesetzgeber einen solchen Anspruch nicht gewähren wollte[248].

Masson[249] bezweifelt in seiner Anmerkung zur Entscheidung des VGH, daß den Konkurrenzfirmen, um die begehrte Verurteilung der Gemeinde zu erreichen, wirklich ein subjektives öffentliches Recht auf Einhaltung der in Art. 75 festgelegten Schranken zustehen müsse. Vielmehr müsse genügen, wenn die beanstandete Tätigkeit der Beklagten in die Rechtssphäre der

---

[244] LG Wiesbaden, a.a.O.; *Wenzel*, NJW 1961, 2102; vgl. *Schmidt-Tophoff*, DÖV 1961, 493.

[245] Vgl. BGH, GRUR 1962, 159.

[246] *Eyermann-Fröhler*, VwGO § 42, Anm. 16, 55.

[247] Bay.VBl. 1959, 90.

[248] Vgl. auch *Schwierholz*, a.a.O., S. 115, *Fabian*, a.a.O., S. 222, die eine Gefährdung des Rechtsfriedens befürchten und meinen, der Richter sei bei der Entscheidung über die Wirtschaftlichkeit und Güte der Unternehmensleistungen überfordert.

[249] Bay.VBl. 1959, 92.

Kläger eingreife, d. h. eine zum Schutz der persönlichen Rechtsstellung des Klägers bestehende Norm verletzt sei.

Es bedarf hier aber keiner Erörterung, ob eine Rechtsverletzung in diesem weiten Sinn für den Erfolg einer Anfechtungsklage genügt. Denn es geht nicht um eine Anfechtungsklage, sondern um eine Unterlassungsklage als Unterfall der Leistungsklage, wobei sich die Parteien auf der Ebene der Gleichordnung gegenübertreten. Dieser Klage kann, wie im Zivilrecht, nur dann stattgegeben werden, wenn dem Kläger der behauptete Anspruch, also ein Recht auf Unterlassung gegen den Beklagten, zusteht. Ein solcher, etwa § 1004 BGB oder § 1 UWG entsprechender Anspruch ist jedoch nach der Auffassung des VGH dem Art. 75 BayGO nicht zu entnehmen.

Es kann hiergegen nicht eingewandt werden, daß dort, wo das Gesetz den Behörden zugunsten eines bestimmten Personenkreises eine Verpflichtung auferlege, im Zweifel auch entsprechende subjektive Rechte des einzelnen anzunehmen seien; denn ein etwa unmittelbar auf Grund des Art. 75 BayGO zwischen der Gemeinde als Träger wirtschaftlicher Unternehmen und ihren Mitbewerbern bestehendes Rechtsverhältnis würde zwar dem öffentlichen Recht angehören, es würde jedoch auf Gleichordnung, nicht auf Über- und Unterordnung beruhen. Die Vermutung für das Bestehen subjektiver öffentlicher Rechte gilt aber nur für Subjektionsverhältnisse[250].

Auf Grund der ablehnenden Rechtsprechung des BayVGH hat sich die Diskussion, ob Privatunternehmen ein Abwehranspruch gegen eine rechtswidrige gemeindliche Wirtschaftstätigkeit zusteht, auf zivilrechtliche Überlegungen verlagert. So hat *Masson*[251] in Art. 75 Abs. 1 und 2 GO Schutzgesetze erblickt und in entsprechender Anwendung von § 823 Abs. 2 BGB einen — wohl öffentlich-rechtlichen — Unterlassungsanspruch bejaht[252]. Da sich die Gemeinden jedoch bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung in der Regel (Ausnahme: öffentlich-rechtlich organisierte Anstalten) auf dem Boden des bürgerlichen Rechts bewegen, kann eine unmittelbare Anwendung von § 823 Abs. 2 BGB in Betracht kommen[253]. Es würde sich deshalb auch nicht um einen in ein bürgerlich-rechtliches Gewand gekleideten öffentlich-rechtlichen

---

[250] So hat der einzelne auch z. B. keinen Rechtsanspruch auf Bau und Unterhaltung von Straßen, Errichtung von Schulen u. dgl.

[251] Bay.VBl. 1959, 92.

[252] Einen unzulässigen Eingriff in das Recht am Unternehmen der Mitbewerber stellt ein Verstoß gegen Art. 75 GO nicht dar: *Dorn*, NJW 1964, 137.

[253] Bejahend *Helmreich-Widtmann*, GO, Art. 75, Anm. 11; *Gönnenwein*, JZ 1962, 217 und Gemeinderecht, S. 58, Fußnote 36.

Anspruch handeln, wie *Bohley*[254] vermutet. Der BGH[255] hat mit Recht die Zulässigkeit des Rechtsweges für die Klage eines privaten Eiserzeugungsunternehmens auf Schadensersatz und Unterlassung bejaht, mit der sich dieses gegen den Vertrieb von Blockeis durch einen städtischen Schlachthof an private Abnehmer wandte. Ein Widerspruch zur Entscheidung des BayVGH[256], der den Verwaltungsrechtsweg für eine ähnliche Klage für gegeben erachtet hatte, liegt nicht vor, weil das Klagebegehren auf verschiedene sachliche und rechtliche Gesichtspunkte gestützt war; es wäre sogar denkbar, daß den beeinträchtigten Privatunternehmen ein öffentlich-rechtlicher und ein konkurrierender privatrechtlicher Abwehranspruch zustünde. Der BGH hat jedoch die Eigenschaft als Schutzgesetz des dem Art. 75 Abs. 1 GO entsprechenden § 69 Abs. 1 GO NRW verneint. Die gesetzliche Regelung verfolge zwar bewußt – auch – den Zweck, andere, nämlich die Angehörigen der privaten Wirtschaft, vor einer drohenden Beeinträchtigung ihrer Interessen zu schützen. Es fehle jedoch an einem weiteren zwingenden Erfordernis für die Annahme eines Schutzgesetzes, nämlich daran, daß das Gesetz ein bestimmtes dem Schutzzweck dienendes Ge- oder Verbot enthalte. Die vom BGH im einzelnen gegebene Begründung mag, wie *Falck*[257] dargelegt hat, anfechtbar sein, im Ergebnis verdient die Entscheidung Zustimmung.

Der Gesetzgeber mag bei Erlaß des § 67 DGO und insbesondere der gleichlautenden Nachfolgebestimmungen der Länder den Schutz der als Mitbewerber gemeindlicher Wirtschaftsbetriebe in Frage kommenden Unternehmen als Wirkung bewußt gewollt haben; ihrem objektiven Inhalt nach sind die Bestimmungen dennoch keine Schutzgesetze, weil die Voraussetzungen, die für die Zulässigkeit gewerblicher Betätigung der Kommunen aufgestellt wurden, inhaltlich in keinem Zusammenhang zu den etwa zu schützenden Interessen Dritter stehen. § 67 Abs. 1 Nr. 1 DGO und Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 BayGO sind Ausdruck der Überlegung, daß die gemeindliche Betätigung unmittelbar am öffentlichen Zweck legitimiert sein müsse; sie stellen daher eine Begrenzung der Verbandskompetenz (Allzuständigkeit) der Gemeinden, also organisationsrechtliche Bestimmungen dar, welche ganz allgemein nicht als Schutzgesetze in Frage kommen. Art. 67 Abs. 1 Nr. 2 DGO und Art. 75 Abs. 1 Nr. 2 BayGO wollen erkennbar nur

[254] Bay.VBl. 1959, 322.

[255] GRUR 1962, 159.

[256] a.a.O.

[257] GRUR 1962, 162.

die Gemeinden selbst vor unwirtschaftlichen Aufwendungen für wirtschaftliche Unternehmen schützen. Zu § 67 Abs. 1 Nr. 3 DGO führte die amtliche Begründung[258] aus, es komme entscheidend darauf an, die deutsche Wirtschaft so zweckmäßig und rationell wie möglich zu organisieren, weshalb eine Prüfung erforderlich sei, ob die Gemeinde der geeignete Träger der wirtschaftlichen Betätigung sei. Die Vorschrift hatte daher gesamtwirtschaftliche Belange im Auge und sollte unwirtschaftliche Gemeindebetriebe verhindern[259]. Dem Art. 75 Abs. 1 Nr. 3 BayGO, wonach selbst dann eine gemeindliche Wirtschaftstätigkeit ausgeschlossen ist, wenn die Gemeinde den öffentlichen Zweck ebensogut und wirtschaftlich wie ein Privatunternehmen erfüllen könnte, liegen allerdings andere Überlegungen zugrunde. Er ist inhaltlich Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips und stellt auf den Schutz der Mitbewerber der Gemeinde ab. Dennoch kann Art. 75 Abs. 1 BayGO auch insoweit nicht als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB angesehen werden. Ein Schutzgesetz muß ein bestimmtes Ge- oder Verbot beinhalten. Man wird aber nicht überall da, wo das Gesetz das Tätigwerden der öffentlichen Hand im Interesse der Bürger an bestimmte Voraussetzungen knüpft, ein Handeln, ohne daß diese Voraussetzungen vorliegen, als »verboten« ansehen können. Ein Verbotsgesetz liegt nur dann vor, wo der Gesetzgeber das verbotene Handeln nicht nur als rechtswidrig, sondern als sozial unwertig behandelt wissen will. Damit ist häufig die Folge verknüpft, daß Verwaltungsakte und Rechtsgeschäfte, die gegen das Verbot verstoßen, nichtig sind. Art. 75 Abs. 1 BayGO enthält nicht ein stillschweigendes Verbot wirtschaftlicher Betätigung der Gemeinden, verbunden mit der Regelung von Ausnahmen. Die Gemeindeordnungen wollten nicht die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden als unwertig untersagen — sie gehört sogar zum Wesenskern des durch Art. 28 GG geschützten Selbstverwaltungsrechts[260] —, sondern nur bestimmte Erscheinungsformen verhindern. Die entgegen Art. 75 BayGO vorgenommene Gründung eines Unternehmens und dessen Betriebshandlungen sind auch nicht nichtig[261]. Die Verneinung eines Anspruchs Dritter auf Unterlassung oder Schadensersatz bei Errichtung, Übernahme oder Erweiterung eines wirtschaftlichen Gemeindebetriebs steht im Einklang mit der Rechtslage, daß grundsätzlich kein Mitbewerber gegen die Berufsaufnahme anderer mit Rechtsmitteln vorgehen kann; denn einen Rechtsanspruch auf Schutz gegen den

---

[258] Ziff. 1 c, zitiert bei *Surén*, a.a.O.

[259] a. A. *Depenbrock*, a.a.O., S. 76; *Köttgen*, DJT-Festschrift, S. 598.

[260] *Gönnenwein*, Gemeinderecht, S. 53.

[261] *Masson*, Bayerische Kommunalgesetze, Art. 75, Anm. 6.

Wettbewerb anderer gibt es nicht[262]. Schließlich ist zu bedenken, daß der Begriff »öffentlicher Zweck« der Beurteilung durch die Gemeinde Spielraum läßt[263]. Auch die Begriffe »gut« und »wirtschaftlich«[264] sind nicht scharf abgrenzbar und daher auch gerichtlich nicht voll nachprüfbar. Zumindest bei dem Merkmal »gut« ist die subjektive Bewertung, also ein Ermessen, nicht ausschaltbar. Es ist begrifflich nicht gut möglich, daß Art. 75 GO ein Verbot aufstellt, dessen Grenzen und Umfang von der Beurteilung dessen abhängt, an den es sich richtet.

Nach Art. 75 Abs. 2 BayGO dürfen gemeindliche Wirtschaftsunternehmen keine wesentliche Schädigung und keine Aufsaugung selbständiger Betriebe in Landwirtschaft, Handel, Gewerbe und Industrie bewirken. Diese Vorschrift stellt keine weitere Zulässigkeitsvoraussetzung für Errichtung, Übernahme und Erweiterung eines wirtschaftlichen Unternehmens dar, sondern beschränkt die gemeindlichen Unternehmen lediglich in ihrem Betrieb[265] und ist daher in gewissem Sinne mit den Normen des UWG vergleichbar. Allerdings ist Art. 75 Abs. 2 GO erst dann verletzt, wenn der schädigende Erfolg tatsächlich eintritt, es genügt nicht – anders als im UWG –, wenn er nur beabsichtigt ist[266]. Art. 75 Abs. 2 GO konkretisiert die Verfassungsbestimmungen der Art. 151 Abs. 2 und 153 BV, wobei er noch inhaltlich über diese Programmsätze hinausgeht. Art. 75 Abs. 2 enthält ein bestimmtes Verbot zugunsten der genannten Unternehmenszweige und ist daher – trotz gewisser Bedenken wegen der Unschärfe der Begriffe »wesentliche Schädigung« und »Aufsaugen« – ein Schutzgesetz im Sinne des Art. 823 Abs. 2 BGB[267], mit der Folge, daß die geschützten Unternehmen bei Verletzung des Art. 75 Abs. 2 BayGO vor den Zivilgerichten auf Schadensersatz und Unterlassung des sie schädigenden Wettbewerbs klagen können.

Für den Wettbewerb ist weiter Art. 81 BayGO von Bedeutung, denn er verbietet, daß bei Unternehmen, für die kein Wettbewerb besteht, der Anschluß und die Belieferung davon abhängig gemacht werden, daß auch andere Leistungen oder Lieferungen abgenommen werden. Die Vorschrift will nicht nur die Abnehmer des Monopolunternehmens, sondern auch die Mitbewerber in bezug auf die anderen Leistungen und Lieferungen schützen. Art. 81 GO

---

[262] Vgl. z. B. BVerwG in Bay.VBl. 1961, 20.

[263] *Surén,* Gemeindewirtschaftsrecht, S. 157, spricht von pflichtgemäßem Ermessen.

[264] Vgl. dazu *Hüttl,* Bay.Bgm. 1954, 121; *Heuser-Semmler,* GO, Art. 75, Anm. 3 c; *Fabian,* a.a.O., S. 204; *Kaussmann,* DÖV 1959, 419; *Surén,* a.a.O., S. 160.

[265] *Eyermann,* Bay.VBl. 1958, 76; *Helmreich-Widtmann,* Art. 75, Anm. 10.

[266] *Masson,* a.a.O., Anm. 15.

[267] *Adam,* Bay.VBl. 1961, 141; *Masson,* a.a.O., Anm. 6.

ergänzt also das UWG durch eine öffentlich-rechtliche Vorschrift, die eine bestimmte Form von Monopolmißbrauch untersagt.

Umstritten ist die Frage, ob die die Wirtschaftstätigkeit der Gemeinden beschränkenden Nachfolgebestimmungen des § 67 DGO, wie z. B. Art. 75 BayGO, über ihren Wortlaut hinaus auch auf andere juristische Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere den Staat selbst, analog angewendet werden können[268]. Mit der Ablehnung des Subsidiaritätsprinzips als ungeschriebenen Verfassungssatz auf wirtschaftlichem Gebiet ist die Frage noch nicht verneint, da die Analogie im technischen Sinn nur zu einer Norm von Gesetzesrang führen könnte. Eine analoge Anwendung ist aber abzulehnen. Art. 75 BayGO und die entsprechenden Bestimmungen der anderen Länder sind Sonderregelungen des Gemeinderechts. Sie weichen voneinander nicht unerheblich ab. Selbst innerhalb eines Landes stimmen die Regelungen für Gemeinden und Gemeindeverbände nicht völlig überein, wie z. B. Art. 75 BayGO, Art. 63 LKrO und Art. 61 BezO zeigen. Daraus ist zu folgern, daß der Gesetzgeber den Umfang zulässiger wirtschaftlicher Betätigung nicht ohne Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse der einzelnen Arten juristischer Personen des öffentlichen Rechts vornehmen und eine Analogie ausschließen wollte.

3. Sonstige Beschränkungen

Eine gesetzliche Beschränkung der eigenwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand ist außerhalb des Kommunalrechts nur vereinzelt erfolgt. Bei der Schaffung der Handwerksordnung wurden die in einem Entwurf hierzu vorgesehenen Einschränkungen nicht Gesetz, insbesondere knüpft § 2 Handwerksordnung die Errichtung von Handwerksbetrieben durch den Staat nicht an besondere, über die sonst maßgeblichen Voraussetzungen hinausgehende Bedingungen. Auch § 98 Abs. 1 GWB geht von der Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung des Staates aus[269].

---

[268] Bejahend: *Dürig*, Bay.VBl. a.a.O.; *Löffler*, BB 1956, 729; *Jacobi*, BB 1951, 764; *Toussaint*, Der Regiebetrieb der Gemeinden und die Gewerbefreiheit, S. 43; verneinend: *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., I, Allg. Anm. 95, *Forsthoff*, 1956, S. 418; *Schneider*, zit. bei *Dürig*, a.a.O.; *Torz*, DÖV 1958, 207, Anm. 28; *Erckens*, a.a.O., S. 35.

[269] Auch Art. 28 Abs. 1 Bundesbahngesetz enthält kein Verbot erwerbswirtschaftlicher Betätigung der Bundesbahn außerhalb ihrer gemeinwirtschaftlichen Verkehrsaufgaben. Die Nutzung der Außenflächen der Bundesbahnomnibusse zu Reklamezwecken verstößt daher nicht gegen ein gesetzliches Verbot; a. A. *Schmidt-Tophoff*, DVBl. 1964, 98.

Die GewO befaßt sich mit der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit nicht. Auch wenn man § 1 GewO auf die öffentliche Hand für unanwendbar hält[270], wofür manches spricht, weil er allein eine Schutzbestimmung gegen den hoheitlichen Staat enthält, subjektive öffentliche Rechte dem »Fiskus« gegen den Staat als Hoheitsträger aber nicht zustehen können, so folgt daraus nicht die Unzulässigkeit gewerblicher Betätigung des Staates. Diese bleibt dem Staat als tatsächliche Möglichkeit erhalten; er kann sich nur nicht gegenüber hoheitlichen Maßnahmen auf diese Vorschrift berufen.

Von den haushaltsrechtlichen Vorschriften ist § 48 RHO von Bedeutung, der Vorschriften für die Beteiligung des Reichs an wirtschaftlichen Unternehmen enthält. § 60 Abs. 2 der Reichswirtschaftsbestimmungen vom 11. Februar 1929 verlangt für die Beteiligung des Staates an wirtschaftlichen Unternehmen ein wichtiges Interesse und daß das Ziel nur durch wirtschaftliche Beteiligung erreichbar ist[271]. Die Vorschrift ist noch in Geltung. Die Reichswirtschaftsbestimmungen stellen jedoch – was vielfach nicht genügend beachtet wird – nur Verwaltungsvorschriften dar[272] und gewähren daher einem beeinträchtigten Privatunternehmen keine Rechtsansprüche. Wie aus dem Haushaltsrecht des Bundes läßt sich auch aus dem der Länder für Wettbewerbsfragen wenig entnehmen[273].

IV. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und öffentliche Hand

Nach § 98 GWB findet das GWB auch auf die Unternehmen der öffentlichen Hand Anwendung. Damit ist auf kartellrechtlichem Gebiet die Gleichheit der Bedingungen im Wettbewerb gesetzlich festgelegt. Das Gesetz macht nur wenige Ausnahmen von diesem Grundsatz. § 99 GWB, der die Bundespost und -bahn von den Vorschriften befreit, zählt nicht hierher, weil für andere Schienenbahnen des öffentlichen Verkehrs und sonstige Unternehmen, die sich mit der Beförderung von Personen und Gütern befassen, nichts anderes gilt. Eine Sonderregelung für die öffentliche Hand trifft im wesentlichen nur § 101 GWB für die dort genannten Verwaltungsbetriebe, bei denen schon ihrer Natur nach kein oder nur unwesentlicher Wettbewerb mit Privatunternehmen besteht.

---

[270] *Fröhler*, Bay.VBl. 1956, 135; a. A. *Richter*, VVDSt. 6, 83.

[271] Vgl. *Blaum*, DVBl. 1958, 666.

[272] *Vialon*, Haushaltsrecht, S. 293 ff.

[273] *Frentzel*, Wirtschaftsverfassungsrechtl. Betrachtungen, S. 17 ff.

Tritt die öffentliche Hand in Erzeugung oder im geschäftlichen Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen auf, so gilt die Bindung an das GWB ohne Rücksicht auf die Organisationsform der Tätigkeit. Das Gesetz ist nicht nur auf die privatwirtschaftliche (fiskalische) Betätigung, sondern auch auf die schlicht-hoheitliche Unternehmenstätigkeit der Träger öffentlicher Verwaltung anzuwenden, also auch auf öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen, insbesondere Anstaltsbetriebe. Dieses Ergebnis folgt aus §§ 99 bis 103 GWB: es hätte nicht der Freistellung einer Reihe von Hoheitsunternehmen (Post, Bundesbank, Finanzmonopole) bedurft, wenn die Anwendung des GWB auf hoheitliche Betätigung überhaupt ausgeschlossen sein sollte[274]. Es kommt nicht auf die Gestaltungsform, sondern auf die Tatsache der Teilnahme am Wirtschaftsleben an. Wo — wie zumeist — Hoheitsverwaltung keine eigenwirtschaftliche Betätigung darstellt, ist selbstverständlich von der Anwendung des GWB keine Rede.

Gleichgültig ist auch das Ziel, das die öffentliche Hand durch ihre Teilnahme am Wirtschaftsleben erstrebt. Auch gemeinnützige Unternehmen fallen unter das Gesetz. Die Gemeinnützigkeit befreit das Unternehmen nicht von der Pflicht, im Verhältnis zu seinen Mitbewerbern und bei seinem allgemeinen Verhalten auf dem Markt die Grundsätze der Wettbewerbsordnung zu beachten[275].

Besondere Bedeutung für den Wettbewerb der öffentlichen Hand kann das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB erlangen. Mit der Bestimmung kann dem Mißbrauch einer gerade bei Unternehmen der öffentlichen Hand häufigen Monopolstellung entgegengewirkt werden. Geschützt werden jedoch durch die Bestimmung nur Lieferanten, Abnehmer und Mitbewerber der öffentlichen Unternehmen, nicht dagegen die Bürger als Letztverbraucher[276]. Die Beschränkung auf »andere Unternehmen« ergibt sich aus dem primären Zweck der Vorschrift, die Wettbewerbsordnung zu schützen.

§ 26 Abs. 2 GWB ist auch insofern enger als der Tatbestand des Monopolmißbrauchs des bürgerlichen Rechts (§§ 138, 826 BGB), als das verbotene Verhalten von einem marktbeherrschenden Unternehmen (§ 22 Abs. 1 GWB) ausgehen muß. Der Unternehmensbegriff ist nach dem Zweck des GWB zu

---

[274] *Müller-Henneberg/Schwartz,* GWB § 98, Anm. 1, 2; vgl. auch *Schmidt,* BB 1963, 1404, Fußnoten 4 und 27; enger BGH in NJW 1962, 196; LG Berlin in WuW 1959, 578 und KG in WuW 1960, 305; *Baumbach-Hefermehl,* a.a.O., GWB § 1, Anm. 12 und *Koenigs,* JuS 1962, 342.

[275] *Müller-Gries,* GWB § 98, Anm. 1, im Anschluß an die amtl. Begründung.

[276] *Müller-Henneberg/Schwartz,* a.a.O., § 26, Anm. 34, 36.

bestimmen, die Freiheit des Wettbewerbs sicherzustellen[277]. Wo die öffentliche Hand als Nachfrager nach knappen Gütern oder Dienstleistungen am Markt auftritt und diese Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr zu einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB führen kann, ist sie als »Unternehmer« anzusehen[278]. Das kann auch der Fall sein, wenn sie lediglich als Eigentümer bestimmter gewerblich nutzbarer Gegenstände in Erscheinung tritt, z. B. wenn eine Stadt über stadteigene Parkflächen einen Bewachungsvertrag mit einem Privatunternehmen abschließt, das die Überschüsse teilweise an die Stadt abführt[279], oder bei der Vergebung öffentlicher Aufträge.

Auch bei marktbeherrschenden öffentlichen Unternehmen folgt aus § 26 Abs. 2 aber kein allgemeiner Kontrahierungszwang. Die sachlich gerechtfertigte Differenzierung anderer Unternehmen ist gestattet, eine Pflicht zur Gewährleistung wirtschaftlicher Existenz für Privatunternehmen folgt aus der Vorschrift nicht. Nur willkürliche Differenzierungen und solche aus sachfremden Überlegungen sind unzulässig[280]. Sachgemäß sind jedenfalls wirtschaftliche – hier also »fiskalische« – Erwägungen, insoweit kann nichts anderes wie für Unternehmen gelten, die sich in privater Hand befinden. Besondere gesetzliche Bindungen (z. B. Vorschriften, die die Bevorzugung bestimmter Personenkreise bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vorschreiben) gehen dem GWB vor[281]. Darüber hinaus sind auch, ohne daß eine besondere gesetzliche Grundlage vorhanden ist, Maßnahmen, die mit Rücksicht auf das öffentliche Wohl getroffen werden, nicht sachfremd. Auch Unternehmen des Staates, die mit Erwerbsabsicht ohne bestimmten öffentlichen Zweck betrieben werden, muß das Recht, öffentliche Interessen zu verfolgen, zuerkannt werden. Sachfremd wäre dagegen z. B. die Ausschließung eines Bewerbers von öffentlichen Aufträgen, um dadurch einen unbequemen Kritiker und Mahner gegen Mißstände bei Behörden zu schädigen oder wirtschaftlich zu vernichten. § 35 GWB gewährt in solchen Fällen Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche, da § 26 Abs. 2 GWB den Schutz anderer bezweckt[281].

---

[277] Vgl. BGH in NJW 1962, 196; *Koenigs*, a.a.O.

[278] Vgl. *Schmidt*, BB 1963, 1404.

[279] Dahingestellt von LG Köln in WuW 1959, 574.

[280] LG Köln, a.a.O.

[281] *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 26 GWB, Anm. 48.

V. Bürgerlich-rechtliche Beschränkungen des Umfangs der eigenwirtschaftlichen Betätigung?

Im Schrifttum wird zum Teil versucht, aus dem Recht des unlauteren Wettbewerbs Beschränkungen für Gründung und Betrieb öffentlicher Wirtschaftsunternehmen herzuleiten. So nimmt *Gütebier*[282] an, der Wettbewerb der öffentlichen Hand auf Gebieten, die nach den herrschenden Anschauungen nicht zu ihrem Tätigkeitsbereich gehörten, sei schlechthin sittenwidrig, z. B. stelle die Erichtung eines städtischen Hotels unlauteren Wettbewerb dar, wenn dadurch dem privaten Gewerbe erheblicher Wettbewerb bereitet würde[283].

Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden. Sie verkennt den Unterschied zwischen wirtschaftspolitisch unerwünschtem und sittenwidrigem Wettbewerb. Das Urteil der Sittenwidrigkeit muß sich auf eine allgemein rechtsethische Überzeugung gründen können. Ein allgemeines Urteil der billig und gerecht Denkenden über die Frage der Zulässigkeit erwerbswirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand hat sich jedoch noch nicht gebildet[284]. Die Frage steht noch im Spannungsfeld politischer Wertanschauungen. Während der Liberalismus behauptet, der Staat begebe sich bei der eigenwirtschaftlichen Betätigung in die »Niederungen des Erwerbslebens«, sieht der Sozialismus darin einen zu bejahenden Dienst an der Gemeinschaft.

Ein sittenwidriger Umstand kann insbesondere nicht darin erblickt werden, daß die öffentlichen Unternehmen aus öffentlichen Mitteln errichtet werden, zu deren Aufbringung auch die Mitbewerber beigetragen haben. Einmal kann ein solcher Beitrag der privaten Konkurrenten eine ständig wechselnde Höhe haben, oftmals auch ganz fehlen, und er wird häufig nicht ins Gewicht fallen. Die Zulässigkeit des Unternehmens kann nicht von der schwankenden Höhe des Steueraufkommens der Mitbewerber abhängig sein. Auf Grund des steuerrechtlichen Grundsatzes des Verbots der Zweckbindung von Steuermitteln verliert auch der Beitrag der Mitbewerber zum allgemeinen Steueraufkommen mit der Erhebung seine Selbständigkeit, so daß man nicht sagen kann, gerade durch ihre Beiträge werde ihren Unternehmen eine Konkurrenz geschaffen.

Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand deshalb für

---

[282] Öffentliche Hand, a.a.O., S. 36, 52.

[283] MuW XXXIV, 361; so auch *W. Voigt*, a.a.O., S. 159.

[284] zutr. *Erckens*, a.a.O., S. 107.

unzulässig anzusehen, weil dadurch die Gewinne der übrigen Mitbewerber geschmälert werden, wäre offensichtlich sinnwidrig[285].

Die eigenwirtschaftliche Betätigung wird auch nicht dann sittenwidrig, wenn sie gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt, die die Wirtschaftsbetätigung der öffentlichen Hand einschränken. Der bloß unzulässige Wettbewerb ist von dem unlauteren Wettbewerb zu unterscheiden[286]. Zwar können auch Gesetzesverstöße unlauteren Wettbewerb begründen, doch ist Voraussetzung, daß das Gesetz für alle Mitbewerber gilt, sonst kann von einer Verletzung der Gleichheit der Kampfbedingungen nicht gesprochen werden. Durch einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung kann daher entgegen der Auffassung *Hamanns*[287] unlauterer Wettbewerb nicht begründet werden. Das gleiche gilt auch bei Verstößen gegen Vorschriften des Verwaltungsrechts z. B. Art. 75 BayGO[288].

Die Beschränkung des Umfangs eigener Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand erweist sich somit als eine Frage, die über die Reichweite des UWG hinausgeht und nur auf dem Gebiet der Wirtschaftspolitik gelöst werden kann. Es handelt sich um eine Aufgabe von Gesetzgebung und Verwaltung, nicht aber der Gerichte, insbesondere nicht bei der Prüfung von Wettbewerbshandlungen nach dem UWG[289]. Für das UWG ist die wirtschaftspolitische Neutralität kennzeichnend[290]. Es besagt nichts darüber, wer in den Wettbewerb eintreten darf, sondern nur wie er ausgeübt werden muß[291].

Dieser Frage der Art und Weise des Auftretens der öffentlichen Hand im Wettbewerb gelten die folgenden Ausführungen.

---

[285] BGH in WRP 1959, 83.

[286] *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Einl. UWG, 82, 84.

[287] Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 74.

[288] Unrichtig daher *Erckens*. a.a.O., S. 103.

[289] BGH, a.a.O; RGZ 138, 176.

[290] *Hefermehl*, Festschrift für Nipperdey, S. 283.

[291] *Maunz*, Bay.VBl. 1957, 4.

II. TEIL

Das Recht des unlauteren Wettbewerbs

Während die Versuche, der wirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand vom öffentlichen Recht, namentlich dem Verfassungsrecht her, Schranken zu ziehen, im allgemeinen neueren Datums sind und erst unter der Herrschaft des Grundgesetzes Bedeutung erlangt haben, kann die Lehre und Rechtsprechung, die sich wettbewerbsrechtlich mit der Wirtschaft der öffentlichen Hand befaßt, bereits auf eine längere Tradition zurückblicken. Die grundlegenden Arbeiten und Entscheidungen fallen in die Jahre nach dem 1. Weltkrieg, als die konjunkturelle Entwicklung der Wirtschaft eine Verschärfung des Wettbewerbs herbeiführte, zu der zum Teil auch eine unter sozialistischen Gedanken betriebene Ausweitung der Gemeindewirtschaft auf traditionell privatwirtschaftliche Bereiche beigetragen hat. Das RG ist von Anfang an mit einer Reihe von heute noch maßgeblichen Urteilen gegen Wettbewerbsverstöße der öffentlichen Hand auf dem erwerbswirtschaftlichen Gebiet eingeschritten. Der BGH hat diese Rechtsprechung fortgesetzt und weiter ausgebaut.

Von dem Recht des unlauteren Wettbewerbs hat für die Beurteilung des Wettbewerbs der öffentlichen Hand lediglich das UWG und hiervon fast ausschließlich dessen § 1 Bedeutung erlangt. Im vorstehenden Text werden zunächst die mit dem unlauteren Wettbewerb der öffentlichen Hand zusammenhängenden Fragen allgemein untersucht und sodann die Einzeltatbestände erörtert.

1. Abschnitt: Wettbewerbsverstöße der öffentlichen Hand im allgemeinen

Die Anwendbarkeit der Grundsätze des UWG bedarf eine getrennte Untersuchung für die in bürgerlich-rechtlichen Formen sich vollziehende wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und für die hoheitliche Wirtschaftstätigkeit. Die Zuordnung zur einen oder anderen Gruppe richtet sich dabei danach, ob die die Rechte Dritter beeinträchtigende Wettbewerbshandlung nach Zivilrecht oder nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist. Dabei wird bei der Frage, ob und inwieweit Hoheitshandlungen wettbewerbsrechtlicher Beurteilung zugänglich sind, ein Gebiet betreten, das noch als juristisches Neuland bezeichnet werden kann.

I. Bürgerlich-rechtliche Wirtschaftstätigkeit als Wettbewerbstatbestand

1. Die Anwendbarkeit des UWG als Teil des Privatrechts auf die erwerbswirtschaftlich-fiskalische Betätigung der öffentlichen Hand und die öffentliche Verwaltung mit fiskalischen Mitteln

Soweit der Staat und andere Körperschaften des öffentlichen Rechts sich auf das Gebiet des Erwerbslebens begeben und im fiskalischen Interesse mit Privatunternehmen in Wettbewerb treten, nimmt die öffentliche Hand dieselbe Rechtsstellung wie ihre privaten Konkurrenten ein. Der Fiskus steht insoweit einem Privatmann gleich. Alle Rechtsbeziehungen des öffentlichen Unternehmens gehören im selben Umfang dem Privatrecht an. Es gilt für die öffentliche Hand daher auch ohne weiteres das UWG. Hier entstehen kaum Zweifelsfragen.

Das UWG findet als Teil des Privatrechts aber auch dann Anwendung, wenn die Teilnahme des Staates am Wirtschaftsleben als öffentliche Verwaltung in bürgerlich-rechtlicher Form zu kennzeichnen ist, weil durch die Leistungen unmittelbar öffentliche Aufgaben erfüllt werden. Die Verfolgung öffentlicher Interessen unterwirft die Rechtsbeziehungen noch nicht dem

öffentlichen Recht. Es gilt vielmehr hier ein Verwaltungsprivatrecht, dessen Besonderheit in erhöhten Pflichten der Verwaltungsträger besteht, die aus dem öffentlichen Recht hergeleitet werden. Dagegen ist die Verwaltung nicht von den für alle geltenden Normen befreit. Auch das RG[292] hat angenommen, daß die Verfolgung öffentlicher Interessen das UWG nicht unanwendbar macht.

2. *Das Vorliegen der Merkmale »im geschäftlichen Verkehr« und »zu Zwecken des Wettbewerbs«*

Die Tatbestandsmerkmale der für den Wettbewerb der öffentlichen Hand grundlegenden Bestimmung des § 1 UWG bedürfen genauer Prüfung. Handeln im geschäftlichen Verkehr liegt bei jeder Betätigung vor, die weder eine rein private, noch eine amtliche Tätigkeit ist[293]. Das Merkmal »zu Zwecken des Wettbewerbs« hat eine objektive und subjektive Voraussetzung. Es muß ein Verhalten vorliegen, das äußerlich geeignet ist, den Absatz eines Wettbewerbers auf Kosten seiner Mitbewerber zu fördern. Dazu muß eine auf Wettbewerb gerichtete Absicht treten[294]. Die Handlung muß also geeignet (objektives Merkmal) und dazu bestimmt (subjektiver Tatbestand) sein, den eigenen Absatz auf Kosten eines Mitbewerbers zu fördern[295].

a) Geschäftlicher Verkehr

Im geschäftlichen Verkehr wird die öffentliche Hand tätig, wenn sie selbst anderen wirtschaftliche Güter oder Leistungen gegen Entgelt vermittelt. Im Gegensatz zu dem Begriff »geschäftlicher Betrieb« muß Träger des geschäftlichen Verkehrs kein Unternehmen im Sinne einer Organisationseinheit sein[296]. Das wird zwar meist, doch nicht stets der Fall sein, wie z. B. die Entscheidung des KG über den Vertrieb von Steuerfibeln durch die Finanzbehörden zeigt. Im geschäftlichen Verkehr kann aber auch ein Bediensteter, eine Behörde oder Stelle der öffentlichen Hand handeln, wenn sie nicht selbst an einer wirtschaftlichen, geschäftlichen Tätigkeit beteiligt ist, sondern zugunsten öffentlicher oder privater Unternehmen in den Wettbewerb eingreift. Täter einer Wettbewerbshandlung kann jeder, nicht nur ein Mitbewerber

---

[292] Vgl. z. B. RGZ 116, 28.

[293] Statt aller: *Baumbach-Hefermehl,* a.a.O., Einl. UWG, Anm. 128.

[294] a.a.O., Anm. 131 ff.; a. A. *Reimer,* Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, S. 513, dagegen BGH in GRUR 1952, 410, 412; *Baumbach-Hefermehl,* a.a.O., Anm. 139; *v. Godin-Hoth,* § 1 UWG, Anm. 11a.

[295] So sehr klar: RG in MuW XXIX, 121, 122.

[296] BGH in GRUR 1953, 294; *Baumbach-Hefermehl,* a.a.O., Einl. UWG, Anm. 129.

sein; es genügt, wenn er den Wettbewerb Dritter fördert oder hemmt[297]. Das Merkmal des geschäftlichen Verkehrs ist nach zwei Richtungen hin abzugrenzen: zur privaten und zur amtlichen Betätigung.

Jede natürliche Person als Gewerbetreibender hat neben der geschäftlichen eine private Sphäre. So wird ein Lebensmittelhändler, der für seinen Privathaushalt Nahrungsmittel einkauft, nicht im geschäftlichen Verkehr tätig[298]. Bei juristischen Personen des Privatrechts, die ein Unternehmen betreiben, ist ein solcher außergeschäftlicher Bereich nur ausnahmsweise vorhanden. Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts haben dagegen zumeist, ähnlich wie Privatpersonen, einen außerwirtschaftlichen Tätigkeitsbereich, der öffentlichen Zwecken gewidmet ist. Zu dieser »amtlichen Sphäre«[299], die außerhalb des geschäftlichen Verkehrs liegt, gehören auch die privatrechtlichen Hilfsgeschäfte der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die dazu dienen, der sich außerhalb der wirtschaftlichen Betätigung bewegenden Verwaltung die von ihr benötigten persönlichen und sachlichen Mittel zu verschaffen. Auch bei der Vergebung öffentlicher Aufträge wird der Fiskus wohl dann nicht im geschäftlichen Verkehr tätig, wenn die Vergabe nicht im Betrieb eines öffentlichen Unternehmens vorgenommen wird.

Zweifelhaft ist, ob auch solche Betriebe der öffentlichen Hand außerhalb des geschäftlichen Verkehrs verbleiben, die ausschließlich zur Befriedigung des eigenen Bedarfs der öffentlichen Verwaltungsträger dienen. Man spricht hierbei von Regiebetrieben im engeren Sinn. Zu nennen sind z. B. eine Staatsdruckerei oder eine Reparaturwerkstätte für die Fahrzeuge öffentlicher Verkehrsunternehmen. *Gütebier*[300] verneint einen geschäftlichen Verkehr bei derartigen Betrieben. Dagegen hat das RG[301] ein Handeln im geschäftlichen Verkehr bei einer städtischen Apotheke, in der für die städtischen Krankenhäuser Arzneimittel hergestellt wurden, bejaht. Geschäftlicher Verkehr liegt bei Regiebetrieben jedenfalls dann vor, wenn diese Betriebe auch Aufträge von Privatpersonen entgegennehmen. Liefern sie ausschließlich an ihre Trägerkörperschaft, so muß ebenfalls geschäftlicher Verkehr angenommen werden, wenn in irgendeiner Weise ein Wettbewerb mit anderen Unternehmen in Frage kommt. Das ist der Fall, wenn die Körperschaft ihren Bedarf nicht

---

[297] *v. Godin-Hoth,* § 1 UWG, Anm. 12.

[298] *Tetzner,* UWG § 1, Anm. 21, Fußnote 31.

[299] Ein »privates Dasein« wird man dem Staat nicht zubilligen können; vgl. *Mallmann,* VVDSt. 19, 165.

[300] Der unlautere Wettbewerb der öffentlichen Hand, S. 12.

[301] GRUR 1948, 117 (Apotheke des Allg. Krankenhauses St. Georg).

ausschließlich durch den Regiebetrieb deckt, sondern daneben in veränderlichem Umfang auch noch selbständige Unternehmen heranzieht. Rein interne Vorgänge sind dagegen gegeben, wenn die Körperschaft der einzige Abnehmer des Betriebs, der Betrieb der einzige Lieferant der Körperschaft ist.

Nach den gleichen Grundsätzen ist die Frage zu entscheiden, ob Unternehmen im geschäftlichen Verkehr stehen, die zwar nicht an die Verwaltung selbst, aber ausschließlich an Angehörige eines Verwaltungsbetriebs liefern, z. B. Kantinen, Kasinos, Erholungsheime, Bäder, die nur für das Verwaltungspersonal bestimmt sind. Der Wettbewerb mit Privatunternehmen der gleichen Branche ist hier beschränkt, doch nicht ausgeschlossen. Die Bediensteten der öffentlichen Verwaltung sind nicht gezwungen, die eigenen Einrichtungen der Behörde in Anspruch zu nehmen, sie können auch Kunden konkurrierender Privatunternehmen werden. Da insofern ein Wettbewerb besteht, wird man das Merkmal des Handelns im geschäftlichen Verkehr nicht ausschließen können.

Die öffentliche Hand wird jedenfalls dann im geschäftlichen Verkehr tätig, wenn sie mit erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Zielen in den Wettbewerb mit Privatunternehmen tritt[302]. Dabei erstreben die öffentlichen Unternehmen wie Privatunternehmen die Erzielung von Gewinnen als Enderfolg und haben das Bestreben, ihre Stellung im Wettkampf um die Absatzmärkte zu verbessern, indem sie ihre Mitbewerber zurückdrängen. Problematisch kann dagegen die Grenzlinie zwischen geschäftlichem Verkehr und amtlicher Betätigung bei der wettbewerbsmäßigen Betätigung der öffentlichen Leistungsträger sein. Schließt die Erfüllung öffentlicher Versorgungsaufgaben durch eigenwirtschaftliche Betätigung ein Handeln im geschäftlichen Verkehr aus?

Zu dem Begriff des geschäftlichen Verkehrs gehört nicht das Merkmal der Gewinnabsicht. Geschäftlicher Verkehr setzt keine auf Erwerb gerichtete Tätigkeit voraus[303]. Unter den Begriff fallen daher auch Unternehmen, die nach dem Kostendeckungsprinzip arbeiten, also gemeinnützige Betriebe, gleichgültig, ob ihr Träger ein privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Verband ist, und öffentliche Anstalten (mit privatrechtlichem Nutzungsverhältnis). Weiter hindert aber auch die Verfolgung öffentlicher Interessen ein Handeln im geschäftlichen Verkehr nicht. Wirtschaftliche Unternehmen der öffentlichen Hand stehen, auch wenn sie öffentliche Aufgaben verfolgen, im

---

[302] Statt aller: *Reimer*, a.a.O., S. 902; *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Einl. UWG, Anm. 128; *Tetzner*, a.a.O., § 1, Anm. 15; *v. Godin-Hoth*, a.a.O., § 1 UWG, Anm. 12.

[303] BGH in GRUR 1953, 446, 447; *Baumbach-Hefermehl*, Einl. UWG, Anm. 128.

geschäftlichen Verkehr[304]. Damit sind die öffentlichen Leistungsträger in die wettbewerbliche Betrachtung einbezogen.

Amtliche Betätigung, die aus dem Begriff des geschäftlichen Verkehrs herausfällt, ist dagegen die wirtschaftslenkende Tätigkeit des Staats und der anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die nicht durch eigene Teilnahme am Wirtschaftsleben erfolgt. Hier geht es zunächst nur um die Intervention durch privatrechtliche Maßnahmen. Auch sie können zur Verschiebung der Schwergewichte im Wettbewerb führen. Die Verwaltung vermag nachdrücklich das Wirtschaftsleben zu beeinflussen, doch wird sie allein dadurch nicht selbst Wettbewerber.

Die Behörden handeln jedoch nur solange außerhalb des geschäftlichen Verkehrs, als sie ihre Maßnahmen nach sachlichen Gesichtspunkten und unter strenger Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes treffen. Sobald sie aus ihrer neutralen Stellung über dem Wirtschaftsgeschehen heraustreten und – aus welchen Motiven auch immer – unter Zurücksetzung anderer Unternehmen zugunsten eines bestimmten Wettbewerbers tätig werden, greifen sie in den geschäftlichen Verkehr ein und müssen sich gefallen lassen, daß ihr Verhalten gegebenenfalls an den Maßstäben des UWG gemessen wird.

b) Zu Zwecken des Wettbewerbs

Das Merkmal »zu Zwecken des Wettbewerbs« setzt in objektiver Hinsicht das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen der öffentlichen Hand und Privatunternehmen voraus. Es kann hier auf die Darlegungen in Teil I, 1. Abschn., Ziff. III verwiesen werden. Fraglich kann sein, ob die öffentliche Hand auch dann zu Zwecken des Wettbewerbs handeln kann, wenn ihr eine Monopolstellung zukommt. *Baumbach-Hefermehl*[305] wollen dann im Anschluß an RGZ 137, 60 eine Wettbewerbshandlung verneinen. Dem kann nicht zugestimmt werden. Monopolunternehmen handeln zu Zwecken des Wettbewerbs, wenn sie in irgendeiner Weise – sei es mit ungleichartigen Gütern oder bloßen Nebenprodukten – im Wettbewerb stehen[306]. Maßgebendes Kriterium für das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses ist allein, ob sich Waren oder wirtschaftliche Leistungen gegenüberstehen, die einander im Absatz behindern können.

---

[304] RG in UW I 94 (Herausgabe des amtlichen Patentblattes); RGSt. 55, 31 (Kriegsleder AG); 66, 380 (städt. Verkehrsbetriebe); RG in JW 1935, 1861 (Ortskrankenkassen); vgl. auch *v. Gamm*, GRUR 1959, 303.

[305] a.a.O., Einl. UWG, Anm. 141.

[306] Dazu ausführlich *Kraft*, WRP 1961, 95.

aa) Objektive Förderung des Absatzes

Eine Wettbewerbshandlung fehlt schon objektiv, wo die öffentliche Verwaltung nicht ein bestimmtes Unternehmen oder einen Kreis von Unternehmen vor anderen fördert, wo sie also eine dauernde Verschiebung des Wettbewerbs zugunsten bestimmter Wettbewerber nicht bewirkt. So handelt z. B. eine staatliche Kurverwaltung nicht zu Zwecken des Wettbewerbs, wenn sie auf Anfrage von Kurinteressenten nicht nur die Staatshotels, sondern alle in Betracht kommenden Betriebe benennt, nur objektive Auskünfte erteilt und sich unsachlich wertender Hervorhebung enthält[307]. Wo eine Behörde einen besonderen Vorteil allen Unternehmen, die sich darum bewerben, gleichmäßig im Rahmen des Möglichen einräumt, z. B. bei der Erteilung von Auskünften, Zugänglichmachung von Anschriften, Ermöglichung der Werbung durch Anzeigen und Anschläge und dgl., ist die Handlung nicht geeignet, den Wettbewerb einzelner vor anderen zu fördern. Wird das ganze Gewerbe gefördert, so fehlt es an einem Einbruch in den Kundenkreis der Erwerbsgenossen und damit an einem wettbewerblichen Handeln[308].

bb) Wettbewerbsabsicht

Die Feststellung des subjektiven Tatbestands einer Wettbewerbshandlung, die Wettbewerbsabsicht, bietet keine Besonderheiten, wenn die öffentliche Hand im geschäftlichen Verkehr in eigennütziger, erwerbswirtschaftlich-fiskalischer Interessenverfolgung auftritt. Es gilt hier nichts anderes wie für Privatunternehmen. Dagegen wirft die Teilnahme der öffentlichen Hand am Wirtschaftsleben als öffentlicher Leistungsträger eine Reihe von Zweifelsfragen auf. Öffentliche Leistungsträger verfolgen durch ihre wirtschaftliche Betätigung öffentliche Aufgaben. Handeln sie auch dann mit Wettbewerbsabsicht, wenn sie im Rahmen ihres geschäftlichen Verkehrs Maßnahmen durchführen, die das Wettbewerbsverhältnis zu ihren Gunsten verschieben, jedoch nicht von eigennützigem Erwerbsinteresse, sondern von öffentlichen Zielen getragen sind?

Der schon mehrfach herangezogene Steuerfibelfall stellt ein charakteristisches Beispiel dar: Die Finanzverwaltung unterbot den privaten Verlag nicht deshalb, um durch die Schädigung dessen Kunden an sich zu ziehen und durch die verbesserte Marktstellung ihre Gewinne zu erhöhen, sondern sie setzte die Abgabepreise unter Selbstkosten fest, um der Broschüre im öffent-

[307] BGH in GRUR 1956, 227 nimmt hier objektiv eine Wettbewerbshandlung an, verneint aber eine Wettbewerbsabsicht.

[308] *Tetzner*, a.a.O., § 1, Anm. 29.

lichen Interesse der Belehrung und Unterrichtung der Steuerzahler eine möglichst weite Verbreitung zu sichern.

Es geht hier um zwei Fragen: Ist in einem so gestalteten Sachverhalt überhaupt das Merkmal der Wettbewerbsabsicht enthalten und steht die Verfolgung eines öffentlichen Interesses nicht einem Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs entgegen?

Das LG, das in erster Instanz über den Steuerfibelfall entschied, kam zur Verneinung einer Wettbewerbshandlung[309] (Das KG hatte von seinem Standpunkt aus, daß der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten unzulässig sei, keinen Anlaß, auf die Frage einzugehen). Die Entscheidung, ob Fälle dieser Art der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung unterliegen, hängt davon ab, was unter einer »auf Wettbewerb gerichteten Absicht«[310] zu verstehen ist. Wettbewerbsabsicht ist nach der zutreffenden Darlegung von *Godin-Hoth*[311] ein Sonderfall des Vorsatzes, nämlich der dolus directus. Absicht bedeutet das Wissen und Wollen des wettbewerblichen Zieles der Handlung. Worauf muß sich das Wissen und Wollen aber richten? Reicht das Ziel, seinen eigenen Absatz zu erhöhen, aus, oder muß die Absicht sich auch auf eine Schädigung der Mitbewerber beziehen? Die Finanzbehörden haben in dem genannten Beispiel durch die Abgabe der Broschüre unter dem Selbstkostenpreis zweifellos ihren Absatz fördern wollen, die Schädigung privater Unternehmen haben sie aber – wie unterstellt werden kann – nicht als Ziel ihrer Handlung erstrebt, sondern höchstens als unvermeidlich mitgewollt oder in Kauf genommen. Muß, wie das RG[312] in einer Entscheidung ausführt, der Wettbewerb darauf abzielen, den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb des anderen durch Schmälerung des Absatzes, durch die Entziehung von Kunden oder durch sonstige geeignete Mittel zu beeinträchtigen und unproduktiver zu machen und die dadurch dem anderen entzogenen Vorteile sich selbst oder Dritten zuzuwenden, so genügt eine auf bloße Förderung des eigenen Absatzes gerichtete Absicht nicht. Diese einseitig auf den Kampf gegeneinander abgestellte Definition kann jedoch das Wesen des Wettbewerbs nicht erschöpfen. Entscheidend ist vielmehr das Streben mehrerer nach einem gemeinsamen Ziel, das nicht notwendig in Handlungen Ausdruck finden muß, die sich gegen den Mitbewerber richten. Vielmehr defi-

[309] GRUR 1957, 297.

[310] BGH in GRUR 1952, 413; 1953, 294.

[311] a.a.O., § 1 UWG, Anm. 11 a; *Elster*, Wettbewerbsrecht, § 1, Anm. 12, läßt bedingten Vorsatz genügen; unklar RG GRUR 1937, 718.

[312] RGSt. 32, 27.

niert eine spätere Entscheidung des RG[313]: »Den Zwecken des Wettbewerbs im geschäftlichen Verkehr dient eine Handlung dann, wenn durch sie der eigene Absatz gefördert *oder*[314] ein fremder beeinträchtigt, der eigene Kundenkreis auf Kosten der Gewerbsgenossen erweitert werden soll.« Auch *Baumbach-Hefermehl*[315] erklären, daß mit einer Wettbewerbshandlung eine Schädigungsabsicht nicht verbunden zu sein braucht. Für die Annahme einer Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs genügt daher die Absicht, eigenen oder fremden Absatz zu fördern, jedenfalls, wenn dabei in Kauf genommen wird, daß diese Förderung auf Kosten eines Mitbewerbers geschieht, also den Wettbewerb zugunsten der öffentlichen Hand verschiebt. Damit sind auch Grenzfälle, die bei der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Leistungsträger auftreten, von einer Beurteilung nach dem UWG nicht ausgeschlossen.

Problematisch ist aber weiter, ob eine Wettbewerbsabsicht bei im öffentlichen Interesse vorgenommenen Geschäftshandlungen öffentlicher Leistungsträger nicht deshalb ausscheidet, weil dadurch nicht auf Erwerb gerichtete Ziele, sondern öffentliche Aufgaben verwirklicht werden sollen. Vielfach wird behauptet, die Verfolgung öffentlicher Interessen schließe ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs aus[316], jedenfalls dann, wenn der öffentliche Zweck überwiege, so daß nur Handlungen, die der öffentlichen Aufgabe fremde Ziele verfolgten, unter das UWG fielen[317]. Diese Auffassung ist zu eng. Es ist allgemeine Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum[318], daß eine Wettbewerbshandlung nicht vornehmlich zu Wettbewerbszwecken begangen zu sein braucht. Es genügt, wenn bei ihrer Begehung auch Wettbewerbszwecke verfolgt werden, sofern diese nach den Umständen des Falles nicht ganz in den Hintergrund treten sollen. Eine Tätigkeit kann gemeinnützig sein und doch gleichzeitig eigenen oder fremden Wettbewerb fördern[319]. Die Rechtsprechung trifft allerdings das bei den öffentlichen Leistungsträgern auftauchende Problem nicht genau. Die öffentliche Hand verfolgt durch ihre Leistungstätigkeit nicht öffentliche Zwecke und daneben noch, mehr oder minder ausgeprägt und davon trennbar, Wettbewerbszwecke, sondern sie verfolgt öffentliche Interessen durch ihre wettbewerbliche Teilnahme am

---

[313] RGSt. 58, 429 und *Reimer*, a.a.O., S. 512.

[314] Hervorhebung vom Verf.

[315] a.a.O., Einl. UWG, Anm. 136.

[316] RG in GRUR 1936, 806.

[317] z. B. *W. Voigt*, a.a.O., S. 40, 76.

[318] *Reimer*, a.a.O., S. 512; *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Einl. UWG, Anm. 138; *Tetzner*, a.a.O., § 1, Anm. 26; *v. Goldin-Hoth*, a.a.O., § 1 UWG, Anm. 11 a.

[319] RG in GRUR 1930, 977; *Reimer*, a.a.O., *Tetzner*, a.a.O., Anm. 27.

Wirtschaftsleben selbst. Zwischen beiden besteht eine Einheit. Indes muß auch hier das Wettbewerbsrecht Anwendung finden. Wettbewerbsabsicht erfordert nur, daß eigener oder fremder Absatz gefördert werden soll, wodurch notwendig der Absatz der Mitbewerber beeinträchtigt wird. Der unmittelbare Zweck, seine Marktstellung auf Kosten eines anderen zu verbessern, ist von dem vorgeordneten Motiv oder dem Endziel zu unterscheiden. Das bringt das RG[320] klar zum Ausdruck, wenn es darlegt: »Zu Zwecken des Wettbewerbs ist keineswegs als Endzweck zu verstehen, so daß etwa, wenn der verfolgte Endzweck kein Wettbewerbszweck sei, ein Unternehmen zu Zwecken des Wettbewerbs entfiele. Vielmehr kommt es nach dem Inhalt des Gesetzes nur darauf an, daß der Handelnde seinen Willen überhaupt auf Verfolgung eines Wettbewerbszweckes richtet. Unter dieser Voraussetzung genügt es, wenn die Verfolgung des Wettbewerbszweckes auch nur das Mittel ist für die Erreichung des darüber hinaus verfolgten Endzwecks.« Dieses Endziel kann bei öffentlichen Unternehmen darin bestehen, die Einnahmen zu erhöhen. Die Verbesserung des Absatzes kann aber auch in Verfolgung öffentlicher Zwecke gewollt sein. Mit Wettbewerbsabsicht kann daher auch ein gemeinnütziges Unternehmen handeln, das seine Leistung unter Selbstkosten anbietet. Ein öffentlicher Leistungsträger kann gegen ein privates Konkurrenzunternehmen Behinderungswettbewerb treiben, um seiner eigenen Leistung im wirklichen oder vermeintlichen öffentlichen Interesse eine größere Verbreitung zu sichern. Das wäre anzunehmen, wenn z. B. öffentliche Theater mit kulturell wertvollem Spielplan das private Vergnügungsgewerbe anschwärzen würden, um im Interesse der Volksbildung ihren Besuch zu heben. Eine Wettbewerbshandlung läge auch dann vor, wenn die Finanzverwaltung als Herausgeber einer Steuerfibel sich in ihrer Werbung herabsetzend mit privaten Konkurrenzerzeugnissen befassen würde. Aber auch in der bloßen Unterbietung, wie in dem vom KG entschiedenen Fall, liegt eine Wettbewerbshandlung, denn auch sie erfolgt, um den Absatz der Broschüre zu fördern. Daß dabei kein Gewinn für die öffentliche Hand erstrebt wird, sondern sich vielmehr durch einen höheren Absatz die erforderlichen Zuschüsse sogar erhöhen, ist belanglos.

Es ist also in solchen Fällen nicht erforderlich, den handelnden öffentlichen Unternehmen oder Behörden »eigennützige« Motive, wie etwa ein behördliches Machtstreben oder dgl., zu unterstellen, um eine Wettbewerbsabsicht bejahen zu können. Das RG[321] hat zu Recht bei einer öffentlich-rechtlichen

[320] RGSt. 47, 128.
[321] RGZ 116, 28.

Feuerversicherungsanstalt nach preußischem Recht, der gesetzlich die Verfolgung von Gewinnabsichten untersagt war, ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs angenommen, ohne den Beweggründen für ihr Verhalten nachzugehen. Auch wenn die Versicherung ihren Geschäftsbetrieb ausweiten wollte, um der Allgemeinheit ihre Leistungen rationeller anbieten zu können, änderte sich am Ergebnis nichts.

Wenn fehlender Erwerbszweck und Verfolgung öffentlicher Interessen eine Wettbewerbsabsicht nicht ausschließen, so entfällt eine Wettbewerbshandlung erst recht nicht dann, wenn nicht die Wirtschaftstätigkeit selbst, sondern nur die dabei erzielten Einnahmen einem öffentlichen Interesse dienen sollen. So haben der BGH[322] und das OLG München[323] zu Unrecht im Ausschluß privater Bestattungsunternehmen von einem Friedhof durch den Friedhofsträger, der sich die Vornahme von Bestattungen selbst vorbehalten hatte, die Wettbewerbsabsicht deshalb verneint, weil der Friedhofseigentümer die Erträgnisse aus seiner Betätigung zur Erhaltung und Pflege des Friedhofs, also im öffentlichen Interesse verwendete[324]. Die Gerichte verkennen, daß die Erzielung öffentlicher Einnahmen noch kein öffentliches Interesse darstellt[325]. Sie setzen sich auch in Widerspruch zur Rechtsprechung des RG[326], das zutreffend angenommen hat, die Aufnahme Erwachsener in ein durch öffentliche Zuschüsse unterhaltenes Jugendheim zu den für Jugendliche bestimmten niedrigen Sätzen für die Beherbergung stelle unlauteren Wettbewerb gegenüber dem Gaststättengewerbe dar, auch wenn dadurch das Jugendheim rentabler gestaltet und die Steuerlast vermindert werden sollte. Auch das LG und OLG München[327] prüfen mit Recht die Zulässigkeit des Werbefunks an Hand des UWG ohne Rücksicht darauf, daß dessen Einnahmen zu gemeinnützigen Zwecken verwendet werden[328].

cc) Insbesondere: Eingreifen der öffentlichen Hand in fremden Wettbewerb

Wettbewerbshandlungen können von den selbst im Wettbewerb stehenden Unternehmen ausgehen. Es können aber auch unbeteiligte Dritte in den

---

[322] BGHZ 14, 294; *Baumbach-Hefermehl,* a.a.O., Einl. UWG, Anm. 141.

[323] DVBl. 1952, 529.

[324] Merkwürdigerweise hat der BGH in GRUR 1959, 246 umgekehrt Anlaß zu betonen, die gewerbliche Betätigung der öffentlichen Hand werde nicht schon deshalb unzulässig, weil mit den Gewinnen öffentliche Aufgaben finanziert würden.

[325] *Maunz-Dürig,* a.a.O., Art. 2, Abs. I, Anm. 52; *Krafft,* WRP 1961, 95.

[326] RGZ 138, 174.

[327] WRP 1957, 109; 1958, 51.

[328] Zutreffend auch LG Wiesbaden in NJW 1961, 2118.

Wettbewerb eingreifen. Es genügt die Absicht, fremden Wettbewerb zu fördern[329]. Ein solcher Fall liegt dann vor, wenn öffentliche Behörden oder ihre Bediensteten zugunsten eines öffentlichen Unternehmens tätig werden. Hier können schwierige Abgrenzungsprobleme entstehen. Handelt z. B. ein Lehrer zu Zwecken des Wettbewerbs, der seine Schüler vor dem Besuch eines bestimmten Lichtspielhauses, das minderwertige Filme zeigt, oder vor dem Bezug von Schundheften eines Verlags warnt und dafür den Besuch der städtischen Jugendbühne oder eine Jugendzeitschrift aus einem staatlichen Schulbuchverlag empfiehlt? Tut er das aus fiskalischen Gründen, so kann die Entscheidung nicht zweifelhaft sein. Wie aber, wenn allein pädagogische Gesichtspunkte für sein Handeln maßgeblich sind? Hat er dabei nur das Bewußtsein, fremden Wettbewerb zu fördern, was für die Annahme einer Wettbewerbshandlung nicht genügt, oder muß eine – wenn auch pädagogisch motivierte – Wettbewerbsabsicht angenommen werden?

Mit der Frage, ob die Verfolgung kirchlich-sozialethischer Belange mit der Absicht, fremden Wettbewerb zu fördern, zusammentreffen kann, hatte sich der BGH in der bekannten »Constanze«-Entscheidung[330] zu befassen, wo in einem kirchlichen Organ verschiedene Illustrierte herabsetzender Kritik unterzogen und statt derer eine Lesemappe, als auf dem Boden christlicher Anschauung stehend, empfohlen wurde. Der BGH billigt die Auffassung des Berufungsgerichts, das aus dem Fehlen einer finanziellen Beziehung des Artikelverfassers zu dem empfohlenen Lesezirkel auf das Nichtvorhandensein einer Wettbewerbsabsicht geschlossen hatte. Leider hat sich der BGH zu der Frage nicht näher geäußert, ob das Streben, materielle Vorteile zu erlangen, seiner Auffassung nach Voraussetzung einer Wettbewerbsabsicht sein soll. Eine solche Beschränkung des Begriffs der Wettbewerbsabsicht wäre abzulehnen. Zutreffend führt *v. Godin*[331] aus, daß Täter einer Wettbewerbshandlung auch derjenige sein kann, der für einen Gewerbetreibenden unentgeltlich zum reinen Vergnügen oder Gefallen handelt, ohne selbst irgendeinen Vorteil zu haben. Entscheidend sei, daß durch die Handlung das Erwerbs- oder Berufsleben anderer berührt werde.

In dem oben erwähnten Fall der Werbung in öffentlichen Schulen wird man eine Wettbewerbsabsicht bejahen müssen, wenn der Handelnde das öffentliche Unternehmen deshalb begünstigen will, weil er von dessen Förderungswürdigkeit und Bedeutung für das Gemeinwohl überzeugt ist. Das

---

[329] Statt aller: *Reimer*, a.a.O., S. 512.

[330] BGHZ 3, 270; vgl. auch BGHZ 14, 163 (Constanze II).

[331] *v. Godin-Hoth*, a.a.O., § 1 UWG, Anm. 11.

nichtwettbewerbliche Motiv hindert auch hier nicht das Vorhandensein einer Wettbewerbshandlung. Denn wer in den Wirtschaftskampf eingreift, muß die dort geltenden Regeln beachten, gleichgültig, ob er eigennützige oder altruistische Beweggründe dafür hat. Nimmt dagegen der Handelnde kein auch nur ideelles Interesse an dem begünstigten Unternehmen, sondern nur an dessen Erzeugnissen, so fehlt es an einer Wettbewerbsabsicht.

Werden öffentliche Interessen nicht durch, sondern neben einer geschäftlichen Betätigung verfolgt, so ist auch dann eine Wettbewerbshandlung nicht anzunehmen, wenn die Wettbewerbsabsicht hinter dem öffentlichen Zweck völlig zurücktritt[332]. Gerade durch öffentliche Körperschaften können aber Ziele des Gemeinwohls als bloßer Vorwand gebraucht werden, um ihren Wettbewerb desto intensiver zu fördern. So hat der BGH[333] zu Recht einen wettbewerbswidrigen Boykott bejaht, als eine Bäckerinnung einem Bäcker die Belieferung eines ambulanten Händlers untersagte, angeblich aus Gründen der Volksgesundheit, in Wirklichkeit aber, um einen unerwünschten Konkurrenten auszuschalten.

II. Hoheitliche Wirtschaftstätigkeit als Wettbewerbstatbestand

Die bedeutende Ausdehnung, die die öffentliche Verwaltung in den letzten Jahrzehnten erfahren hat, vollzog sich hauptsächlich auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung. Als Hoheitsverwaltung in Formen des öffentlichen Rechts vermitteln die modernen Gemeinwesen dem Bürger nicht nur Geldleistungen zum Ausgleich der verschiedensten Notlagen, sondern auch wirtschaftliche Güter, die Gegenstand privater Unternehmenstätigkeit sein können. Hierher gehören namentlich Anstaltsleistungen aller Art, die in Formen des öffentlichen Rechts gewährt werden, wo also ein öffentlich-rechtliches Nutzungsverhältnis vorliegt, wie öffentliche Wasserversorgungsanstalten, Krankenanstalten, Bäder, Büchereien, Schulen, Versicherungen.

Der Bereich des öffentlichen Rechts hat weiter eine Vergrößerung seines Umfangs dadurch erfahren, daß Verwaltungsgebiete, die früher als bürgerlich-rechtlich angesehen wurden, in das öffentliche Recht einbezogen wurden. Das bekannteste Beispiel hierfür ist die Tätigkeit der Post, bei der die Rechtsprechung des RG die Wendung zum öffentlichen Recht vollzog, die der BGH

[332] BGH in GRUR 1957, 360 (Phylax-Apparate).

[333] LM, § 1 UWG, Nr. 15.

bestätigte[334]. Die Post wird auch in dem Bereich hoheitlich tätig, der über das Postregal hinausgeht und wo die Post im Wettbewerb mit Privatunternehmen steht (z. B. Paketbeförderung und Personenverkehr)[335]. Auch heute scheint noch die Neigung, bürgerlich-rechtliche Gestaltungen durch das öffentliche Recht zu ersetzen, vorhanden zu sein. So will ein Teil der Lehre und Rechtsprechung die Daseinsvorsorge schlechthin dem öffentlichen Recht zuordnen[336]. Auch bezüglich der Bundesbahn wird diese Auffassung vertreten[337].

Dringt so das öffentliche Recht in Gebiete vor, die bislang dem bürgerlichen Recht vorbehalten waren, so erobert umgekehrt auch die Privatwirtschaft unter den Einflüssen einer liberalen Rechts- und Wirtschaftsordnung Tätigkeitsbereiche, die zunächst den öffentlichen Verwaltungsträgern reserviert waren. So treten z. B. neben die öffentlichen Schulen mehr und mehr private Lehranstalten[338]. Auch die Errichtung privater Rundfunkanstalten ist in der Zukunft nicht ausgeschlossen[339]. Selbst die staatlichen Finanzmonopole, die als Hoheitsverwaltung anzusehen sind[340], unterliegen der Konkurrenz mit Ersatzerzeugnissen.

Auf diese Weise ergibt sich ein vielfältiges Nebeneinander von hoheitlichen Wirtschaftsbetrieben und privaten Unternehmen, die gleichen oder ähnlichen wirtschaftlichen Zielen dienen. Aus dieser gegenseitigen Durchdringung folgt die Möglichkeit von Kollisionen im Wettbewerb. So ist es denkbar, daß eine Anstalt, deren Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich geregelt ist, unter Heranziehung öffentlicher Mittel ein Privatunternehmen im Wettbewerb unterbietet, daß etwa die Bundespost zur Förderung ihrer im Wettbewerb stehenden Personenbeförderungsbetriebe vergleichende Werbung betreibt, oder daß eine Gemeinde unter Mißbrauch ihrer hoheitlichen Machtmittel einen privaten Mitbewerber im Wettbewerb behindert. Die Zentrale zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs hatte sich mit dem Fall zu befassen, daß ein Gerichtsvollzieher ankündigte, er veräußere zum halben Ladenpreis[341]. Hierher gehört auch der vom KG[342] entschiedene Steuerfibel-

---

[334] Nachw. b. *Kayser-Leiß*, Die Amtshaftung, Nr. 2320 ff.

[335] *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 498, 502.

[336] *Eyermann-Fröhler*, VwGO § 40, Anm. 51; *Rupp*, DVBl. 1958, 113.

[337] *Bischoff*, AöR 42, 54.

[338] Vgl. Art. 7 Abs. 4 GG.

[339] BVG in DVBl. 1961, 240 (Fernsehstreit).

[340] *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht.

[341] Wettb. 1957, 33.

[342] GRUR 1957, 298.

fall, wenn man die Ansicht des Gerichts teilt, es handle sich bei dem Vertrieb um Ausübung hoheitlicher Gewalt.

Diese Fälle haben gemeinsam, daß die handelnden Behörden als Hoheitsträger in den Rechtsbereich privater Unternehmen eingreifen. Ihr Verhalten trägt aber dennoch nach Zweck und Wirkung die Natur von Wettbewerbshandlungen. Ein privates Unternehmen, das gleiche oder ähnliche Leistungen wie jene Verwaltungsträger anbietet, kann durch derlei Maßnahmen schwer geschädigt, ja vernichtet werden. Die Schwierigkeit, solche Fälle der Rechtsprechung zu unterwerfen, beruht darauf, daß grundsätzlich der ordentliche Rechtsweg nur dann zulässig und das UWG nur dann anwendbar ist, wenn die Handlung, gegen die sich die Klage richtet, bürgerlich-rechtlichen Charakter trägt[343].

1. Privatrechtliche Lösungsversuche

a) Die ältere Rechtsprechung des RG

In einer Reihe älterer Entscheidungen des RG wurden Handlungen der hoheitlichen Verwaltung der öffentlich-rechtliche Charakter dann abgesprochen, wenn sie den Tatbestand eines Verstoßes gegen das UWG enthielten. So erachtete das RG den Rechtsweg für die Klage eines Privatunternehmers für zulässig, mit der dieser von der Post Unterlassung der Behauptung verlangte, sie liefere Fernsprechanschlüsse von besserer Qualität als Privatunternehmen[344]. Das RG führt aus, es liege hier ein privatrechtlicher Eingriff in die Rechtsstellung des Klägers vor, weil Handlungen in Frage stünden, die überhaupt nicht zum ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb der Post gehören könnten. Obwohl die Post grundsätzlich hoheitliche Verwaltung ausübe, in die durch Urteil eines ordentlichen Gerichts nicht eingegriffen werden dürfe, beteilige sie sich jedenfalls in dem Sinne am allgemeinen Erwerbsleben, daß ihre Organe Handlungen vornehmen könnten, die nach dem UWG einen Schutzanspruch des Gewerbetreibenden begründen könnten.

Für eine Unterlassungsklage gegen die Behauptung einer öffentlichen Versicherung, sie sei »die billigste« ließ das RG den Rechtsweg zu, weil der öffentlichen Versicherung nicht die Ausübung staatlicher Hoheitsrechte oder die Erfüllung sonstiger staatlicher Aufgaben übertragen sei, bemerkte jedoch, selbst bei der Unterstellung, das treffe zu, gelte nichts anderes. Denn durch die Aufstellung unwahrer Behauptungen, die geeignet seien, den An-

[343] Statt aller: *Reimer*, a.a.O., S. 511; *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Allg., Anm. 96, Einl. UWG, Anm. 141.

[344] RG in GRUR 1914, 88.

schein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, hätte die Versicherung Handlungen vorgenommen, die nicht zu ihrem ordnungsgemäßen Betrieb und damit zu der ihr übertragenen Ausübung des Staatshoheitsrechts gehören könnten.

Die gleiche Auffassung vertritt das RG noch in einer weiteren Entscheidung[345], die sich mit dem Verwaltungsbericht einer öffentlichen Versicherung befaßt, in dem geschäftsschädigende Behauptungen über private Konkurrenzunternehmen aufgestellt worden waren. Das RG sah auch hier zwar in der Verbreitung des Berichts eine privatrechtliche Maßnahme, führte aber zusätzlich aus, die Verbreitung des fraglichen Verwaltungsberichts und der darin enthaltenen Behauptungen könnten nicht zu den Amtspflichten der Beklagten gehören, falls diese Verbreitung durch das UWG verboten sei.

Die Lehre des RG hat auch im Schrifttum Zustimmung gefunden[346]. Die Bedenken gegen sie beruhen darauf, daß sie einem Zirkelschluß zumindest nahekommt: Voraussetzung für die Anwendbarkeit des UWG ist auch nach dem RG das Nichtvorliegen einer Hoheitshandlung. Deren Fehlen wird aber wiederum aus dem Verstoß der Handlung gegen das UWG gefolgert. Eine solche Argumentation vermeidet *W. Voigt*[347], demzufolge eine Maßnahme auf dem Gebiet der schlichten Hoheitsverwaltung dann ihren öffentlichrechtlichen Charakter einbüße, wenn durch sie nicht öffentliche Zwecke, sondern eigennützig-fiskalische der betreffenden Körperschaft verfolgt würden. Dieses Ergebnis ergibt sich aus der von ihm vertretenen und bereits oben abgelehnten Interessentheorie für die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht. Zwischen öffentlichen Zwecken und dem Wettbewerbszweck besteht aber kein notwendiger Gegensatz. Genausowenig wie allein die Verfolgung eines öffentlichen Zwecks eine behördliche Maßnahme zu einer hoheitlichen macht, verliert eine Handlung die Rechtsnatur als Ausübung öffentlicher Gewalt, sobald sie auf fiskalische Erfolge ausgeht. Denn für die Zuordnung einer Handlung zum öffentlichen oder privaten Recht ist nicht ihr Zweck, sondern ihre objektive Erscheinungsform und der organisatorische Zusammenhang, in dem sie steht, maßgeblich.

---

[345] MuW XVIII, 30.

[346] *Nipperdey*, Stromsperre, Zulassungszwang und Monopolmißbrauch, S. 47, JW 1934, 210; *Callmann*, JW 1927, 895; *Bernstein* JW 1927, 1072; *Kümmel*, Fälle der mißbräuchlichen Betätigung der öffentlichen Hand im Wirtschaftsverkehr und ihre Bekämpfung durch das Bürgerliche Gesetzbuch und das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, S. 22, *Götte*, a.a.O., S. 30/31; *Leidel*, Regiebetrieb und unlauterer Wettbewerb, S. 75.

[347] a.a.O., S. 40 ff., 76 ff., 81.

b) Die neue Rechtsprechung

Das RG hat seine Auffassung, die das öffentliche Recht weitgehend zugunsten des Privatrechts zurücktreten ließ, in der neueren Rechtsprechung, soweit ersichtlich, nicht mehr vertreten. Es setzte sich die Erkenntnis durch, daß eine hoheitliche Handlung durch Fehlerhaftigkeit diesen ihren Charakter grundsätzlich nicht verliert. Trotz möglicher Rechtswidrigkeit bleibt sie der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte entzogen und Privatrecht wird nicht auf sie anwendbar. Das Ergebnis dieser Rechtsentwicklung bringt das RG[348] zum Ausdruck, wenn es feststellt, daß es keine Rolle spielen könne, ob die Handlung des öffentlichen Gewaltträgers, deren Unterlassung begehrt wird, sachdienlich sei oder bei zweckentsprechender Ausübung der übertragenen Befugnisse besser unterblieben wäre. Denn auch zweckwidrige oder falsche Maßnahmen seien der Aufgabe, öffentlichen Belangen zu dienen, nicht entrückt. Selbst dann büße eine hoheitliche Maßnahme ihre Rechtsnatur nicht ein, wenn damit zugleich erstrebt werde, eigennützige oder der öffentlich-rechtlichen Aufgabe fremde Ziele des Handelnden zu verwirklichen. Sie bleibe auch dann Amtshandlung, wenn sie im Einzelfall ohne Recht in fremdes Eigentum eingreife[349].

Diese Grundsätze gelten auch für den Fall wettbewerbswidriger Hoheitshandlungen. Der Verstoß gegen die guten Sitten und die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs ist nur einer der vielen Umstände, die eine Hoheitshandlung rechtswidrig machen können. Solchen Fällen eine Sonderstellung einzuräumen derart, daß eine Verletzung wettbewerblicher Grundsätze eine sonst hoheitliche Handlung zu einer privatrechtlichen herabwürdigte, ließe sich nicht rechtfertigen. Das berechtigte Bedürfnis privater Unternehmen nach Rechtsschutz kann nicht dazu führen, die Grenze zwischen öffentlichem und privatem Recht abzuändern. *Nipperdey*[350], der die Rechtsprechung des RG grundsätzlich befürwortet, weist bereits darauf hin, daß damit die Grenzen sehr weit hinausgeschoben, ja vielleicht überhaupt aufgehoben würden.

Das RG[351] ist auch in seinen Entscheidungen zum Wettbewerbsrecht von seiner anfänglichen Auffassung abgerückt. In einem Urteil, das den Wettbewerb zwischen einem städtischen und einem privaten Bestattungsunternehmen betrifft, hält es die ordentlichen Gerichte nicht für befugt, der Stadt zu verbieten, die öffentlich-rechtlichen Gebühren für die Bestattung herab-

[348] RGZ 158, 261; BGH in NJW 1956, 711.

[349] RGZ 170, 40.

[350] JW 1934, 210 a. E.

[351] JW 1933, 2134.

zusetzen, wenn auch die Leistungen des städtischen Bestattungsunternehmens in Anspruch genommen würden.

Das RG führt aus, auch wenn durch ein solches Verhalten das Unternehmen der Stadt gefördert würde, bliebe die Handlung doch öffentlich-rechtliche Verwaltung, in die das Gericht durch Verbote und Gebote nicht eingreifen dürfe. Berühre eine Handlung das Gebiet des öffentlichen wie des Privatrechts, so gelte keine Vermutung für die Anwendung des einen oder anderen Rechts.

Auch das OLG München[352] steht auf dem Boden dieser Rechtsprechung. Es wies die Klage eines privaten Bestattungsunternehmens gegen eine Stadtgemeinde ab, die durch ihr Bestattungsamt täglich bei den staatlichen Krankenhäusern nach Sterbefällen anfragen ließ, wodurch sie früher als das Privatunternehmen von ihnen Kenntnis erlangte und diesen Vorsprung für ihr eigenes Bestattungsgewerbe ausnutzte. Das Gericht ist der Auffassung, die Tätigkeit auf dem Friedhofs- und Bestattungswesen sei hoheitlicher Natur und die Maßnahmen hielten sich im Rahmen des Verwaltungsermessens und seien öffentlich-rechtlich nicht zu beanstanden. Durch die Anfragen werde die Pflicht der Angehörigen zur Anmeldung der Sterbefälle erleichtert und ergänzt und die Bestattung beschleunigt. Die Entscheidung halten *Baumbach-Hefermehl*[353] zu Unrecht für bedenklich. Zwar verschafft sich das Bestattungsamt durch Verwertung der amtlich erlangten Kenntnisse einen unlauteren Vorsprung im Wettbewerb[354]. Die Klage richtete sich jedoch gegen die Anfragen selbst. Diese dienten gleichzeitig auch den Aufgaben der hoheitlichen Bestattungsverwaltung und standen mit ihr in unmittelbarem Sachzusammenhang. Ihre etwaige Rechtswidrigkeit hätte nichts an ihrem hoheitlichen Charakter ändern können. Nach der Rechtsprechung des RG kann es nicht darauf ankommen, ob die Anfragen bei den Krankenanstalten zur Erfüllung der Aufgaben der Bestattungsverwaltung notwendig waren, so daß bei ihrem Unterbleiben das öffentliche Interesse Schaden gelitten hätte.

Es wurde vielfach der Versuch gemacht, Ausnahmen von dem Grundsatz zuzulassen, daß Wettbewerbswidrigkeit den hoheitlichen Charakter einer Handlung nicht berührt. So hält das RG[355] den ordentlichen Rechtsweg ausnahmsweise dann für zulässig, wenn die Verwaltungsstelle, die ein privates und öffentliches Interesse verwaltet, die Form der öffentlich-rechtlichen Be-

---

[352] WRP 1956, 15.

[353] a.a.O., Allg. 96, 98.

[354] Vgl. dazu unten II. Teil, 2. Abschn. III.

[355] JW 1933, 2134; vgl. auch RGZ 103, 131, 134.

tätigung nur wähle, um die Betätigung für ihr privatrechtliches Unternehmen zu verdecken, der Zweck der Maßnahme aber die Förderung des letzteren sei. Das könne namentlich zutreffen, wenn es sich nicht um einen seinem Wesen nach öffentlichen Akt, sondern um eine Leistung handle, die ebensogut dem öffentlichen Recht wie dem Privatrecht angehören könne.

Das OLG München[356] hält diese Formulierung des RG in ihrer Allgemeinheit für bedenklich und teilt die Auffassung unter Berufung auf *Nipperdey*[357] nur für den Fall, daß die Gemeinde offen als Trägerin eines eigenen gewerblichen Unternehmens auftrete, so daß privatrechtliche Betätigung unter dem Deckmantel hoheitlicher Gewaltausübung vorliege. Das sei aber nicht der Fall, wenn die Handlung sowohl Wettbewerbszwecke als auch andere nicht wettbewerbliche Hoheitsaufgaben verfolge, sofern es sich nicht um einen Fall »absolut unwirksamer Verwaltungstätigkeit« handle.

Indes wäre Zivilrecht auch dann nicht anwendbar. Es ist davon auszugehen, daß allein die Rechtsnatur der den Wettbewerb beeinflußenden Maßnahme selbst zu untersuchen ist. Es kommt nicht darauf an, ob die Wirkungen der Handlung auf dem Gebiet des öffentlichen oder des Privatrechts liegen[358]. Eine Hoheitshandlung wird also nicht dadurch für die ordentlichen Gerichte justiziabel, daß sie in den Rechtsbereich privater Unternehmen eingreift. Es kann daher auch Ausübung öffentlicher Gewalt vorliegen, wenn durch die Maßnahme die Förderung eines privaten Unternehmens »verdeckt« wird. Das gilt auch dann, wenn ein solcher Mißbrauch offenkundig ist.

Für die Zurechnung einer Handlung zum öffentlichen oder Privatrecht ist nicht der mit ihr verfolgte Zweck, sondern die Form maßgeblich, in der sie in Erscheinung tritt. So genügt für die Annahme eines Verwaltungsakts die äußerlich hervortretende Absicht der Behörde, eine öffentlich-rechtliche Einzelregelung zu treffen[359]. Wenn eine Stadt einem Gastwirt in einer Gaststättenerlaubnis die Auflage machen würde, seinen Bierbedarf künftig bei der städtischen Brauerei zu decken, so könnte eine hierdurch beeinträchtigte private Brauerei nicht vor den ordentlichen Gerichten den Widerruf der Auflage verlangen, obwohl diese Maßnahme ganz offenkundig nur dem Wettbewerb des städtischen Unternehmens dient. Das gleiche hätte zu gelten, wenn eine Gemeinde ihre Beamten verpflichtete, ihren persönlichen Bedarf bei den städtischen Betrieben zu decken, oder der Staat in einer Bekannt-

---

[356] a.a.O.

[357] a.a.O.

[358] *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Allg. 96, *Erckens* a.a.O., S. 86.

[359] BVerwG in NJW 1961, 234; *Bettermann*, DVBl. 1954, 297.

machung ohne Gesetzeskraft den Bezug von ausländischen Konkurrenzartikeln der heimischen Industrie verbieten würde[360].

Hoheitsakte nur dem äußeren Scheine nach hat der BGH[361] angenommen, als eine Gemeinde in ihrem Schlachthaus erzeugtes überschüssiges Blockeis unter Verrechnung einer »Gebühr«, die unter Verweisung auf eine Anstaltsordnung festgesetzt wurde, an private Kunden verkaufte. Da hierbei ein privatrechtliches Rechtsgeschäft nur in ein öffentlich-rechtliches Gewand gekleidet wurde, ist der ordentliche Rechtsweg für die Klage privater Mitbewerber gegen die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zulässig. Privatrechtlich zu würdigen ist auch ein Verhalten, das nur gelegentlich einer Amtshandlung vorgenommen wurde. Hier fehlt der innere Zusammenhang mit hoheitlicher Amtsausübung, so z. B. bei einer Werbung für ein gemeindliches Unternehmen durch Polizeibeamte. Da bei Vorgängen dieser Art ein Sachzusammenhang mit hoheitlichen Verrichtungen fehlt, liegt die Annahme öffentlicher Gewaltausübung fern[362]. Wie eine Handlung aussehen soll, bei der die öffentliche Hand »offen« als privatrechtlicher Wettbewerber auftritt und die gleichzeitig als öffentlich-rechtliche Maßnahme »getarnt« ist, wäre auch schwer ersichtlich.

c) Die Rechtsprechung zum Willkürproblem

Während das RG in seiner Entscheidung JW 1933, 2134 den Gedanken des Rechtsmißbrauchs herangezogen hatte, um wettbewerbswidrige Hoheitshandlungen in Grenzfällen der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte zuzuführen, tritt die Auffassung der älteren Rechtsprechung, daß dergestalt fehlerhafte Handlungen nicht zum ordnungsgemäßen Betrieb einer Hoheitsverwaltung gehören könnten, in der Rechtsprechung des RG zum Willkürproblem zutage. Das RG stellte jedoch nunmehr strengere Anforderungen für die Zulässigkeit des Zivilrechtsweges auf. Nur durch besonders hochgradige Fehlerhaftigkeit büße eine Amtshandlung den Charakter hoheitlicher Betätigung ein. So sei für einen auf Unterlassung gerichteten Anspruch der ordentliche Rechtsweg nur dann gegeben, wenn die beanstandete Maßnahme, obwohl in die Form einer öffentlich-rechtlichen Funktion gekleidet, völlig außerhalb des dem Handelnden zugewiesenen öffentlich-rechtlichen Aufgabenkreises läge und einen Akt reiner, mit dem übertragenen Machtbereich nicht in Einklang zu bringender Willkür darstellte. Solchenfalls läge eine

[360] a. A. anscheinend *v. Godin-Hoth*, a.a.O., § 1 UWG, Anm. 12.

[361] GRUR 1962, 159.

[362] RG in JW 1933, 2134.

hoheitliche oder verwaltungsmäßige Tätigkeit überhaupt nicht mehr vor, und es bestünde kein Grund, die Entscheidung über die Unzulässigkeit eines solchen Verhaltens den ordentlichen Gerichten vorzuenthalten[363]. Gegenüber derartigen Eingriffen bestünden zivilrechtliche Ansprüche. Ähnliche Formulierungen kehren in zahlreichen Entscheidungen des RG wieder, so daß man von einer ständigen Rechtsprechung sprechen kann[364]. Dennoch hat die Rechtsprechung des RG keine praktische Bedeutung erlangt. Sieht man von den Fällen ab, wo es, jedenfalls nach heutiger Auffassung, der Heranziehung des Willkürgedankens nicht bedurft hätte[365], so bleibt kaum eine Entscheidung übrig, in der das RG tatsächlich Willkür für vorliegend erachtet und deshalb den Zivilrechtsweg zugelassen hat.

Von den Entscheidungen, in denen das RG Willkür nicht angenommen hat, ist aus dem Gebiet des Wettbewerbsrechts ein Urteil[366] anzuführen, das sich mit der Klage eines Privatunternehmens gegen die geschäftsschädigende Veröffentlichung einer Handwerkskammer befaßt. Das RG verneint die Zulässigkeit des Rechtsweges und die Anwendbarkeit des § 1 UWG, weil die Kundgebung in den öffentlich-rechtlichen Aufgabenbereich der Handwerkskammer falle. Es ließ auch eine Klage gegen Behauptungen des damaligen Reichsinnungsverbandes in einem Rundschreiben[367] mit der Begründung nicht zu, daß selbst eine Verfolgung eigennütziger (wettbewerblicher) oder der öffentlich-rechtlichen Aufgabe fremder Ziele nichts daran ändern könne, daß die Versendung des Schreibens geeignet gewesen sei, einen Mißstand abzustellen, wozu der Verband berufen sei. Selbst dort, wo Beamte vorsätzlich unwahre Behauptungen in Zusammenhang mit ihrer hoheitlichen Dienstaufgabe aufgestellt hatten, verneinte das RG die Zulässigkeit des Rechtswegs, indem es das Vorliegen von Willkür ausschloß[368]. Da aber die vorsätzliche Schädigung eines anderen mit der Ausübung ordnungsmäßiger Verwaltung schlechthin unvereinbar ist und als gesetzlos und willkürlich bezeichnet werden muß, ergibt sich, daß der reichsgerichtlichen Rechtsprechung ein besonderer — engerer und wahrscheinlich nicht einheitlicher — Willkürbegriff zugrunde liegen muß, der sich mehr auf die absolute sachliche Unzuständigkeit als auf inhaltliche Mängel des Hoheitsaktes bezieht.

---

[363] RGZ 158, 262.

[364] z. B. JW 1932, 796; RGZ 130, 290; 162, 191; 144, 256; 164, 176; 188, 137.

[365] z. B. in RGZ 97, 180; 100, 219; 105, 35; 102, 251; vgl. dazu *Böttcher*, DVBl. 1950, 321.

[366] RG Warn. 1929, Nr. 143.

[367] RGZ 162, 181, 191.

[368] Seuff. Arch. 90, Nr. 104; RGZ 143, 110.

Der BGH[369] hat die Richtigkeit der Lehre des RG dahingestellt gelassen. Die Auffassungen der sonstigen Gerichte und der Rechtslehre sind geteilt[370].

Eine theoretische Fundierung der »Willkür«-Lehre liefert *Lerche*[371], der zwischen rechtswidrigen, nichtigen und Nicht-Hoheitsakten unterscheidet. Während der nichtige Verwaltungsakt tatbestandsmäßig Ausübung öffentlicher Gewalt bleibe und ihm nur sämtliche gewollte Wirkungen fehlten, handle es sich bei den Willkürfällen um Nicht-Hoheitsakte, die in ihrer Existenz jeglicher hoheitlicher Elemente entbehrten und nicht mehr im Bereich des öffentlichen Rechts lägen, so daß dann eine bürgerliche Streitigkeit – meist aus unerlaubter Handlung – in Frage käme. Diese Wirkung trete bei besonders weitgehender und offenbarer Willkür, d. h. Verstößen gegen den Gleichheitssatz, aber auch bei sonstigen schweren Fehlern ein.

Lerche unterscheidet zutreffend zwischen den nichtigen Hoheitsakten und den Nicht-Akten. Die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes eröffnet nicht den ordentlichen Rechtsweg, wenn die Wirksamkeit des Aktes selbst Streitgegenstand ist. Das zeigt sich darin, daß vor den ordentlichen Gerichten nicht auf Feststellung, ein Verwaltungsakt sei nichtig, oder auf Unterlassung des Erlasses oder der Vollziehung nichtiger Verwaltungsakte geklagt werden kann. Solche Streitigkeiten sind öffentlich-rechtlich und gehören ausschließlich vor die Verwaltungsgerichte[372]. Dagegen unterliegen Nichtakte (auch) privatrechtlicher Beurteilung. Die Richtigkeit der Willkür-Lehre hängt somit davon ab, ob die Fälle schwerster Fehlerhaftigkeit unter den Begriff des Nichtaktes zu bringen sind.

Unter einem Nichtakt versteht die h. L. Willensäußerungen von Personen, die nicht als Organe der juristischen Personen des öffentlichen Rechts bestellt sind, für die sie zu handeln vorgeben[373], also z. B. den Verwaltungsakt oder das Gerichtsurteil eines Privatmannes. Eine Hoheitsmaßnahme liegt auch dann nicht vor, wenn der Handelnde zwar Beamte ist, aber nicht als Organ des Staates, sondern als Privatmann tätig wird. Das nimmt die Rechtspre-

---

[369] NJW 1956, 711.

[370] Bejahend z. B. OLG Kiel in DV 1949, 106; *Bachof*, SJZ 1949 Sp. 387, *Baur*, DRZ 1949, 395; *Bettermann*, MDR 1947, 44; 1948, 80; 1949, 398; *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 104; differenzierend: *Bötticher*, a.a.O.; verneinend: *Ule*, 10. Beiheft d. DRZ 1949, 13, Anm. 57; Zentraljustizbl. f. d. Brit. Zone 1949, 61; *Tiedau*, MDR 1954, 267.

[371] Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, S. 59.

[372] §§ 40, 43 VwGO.

[373] *Eyermann-Fröhler*, VwGO § 42, Anh. 5 und VGG § 35, Anm. II 3.

chung[374] zur Amtspflichtverletzung bei Ausübung hoheitlicher Gewalt dann an, wenn ein innerer Zusammenhang zwischen der Amtsverrichtung und der schädigenden Handlung fehlt, diese vielmehr nur bei Gelegenheit der Amtsausübung begangen wurde.

Wenn also der Bedienstete nicht als Staatsorgan handelt, braucht die betreffende juristische Person sich sein Verhalten nicht als eigenes zurechnen zu lassen. Weil der Handelnde nur als Organ zu hoheitlichem Handeln befähigt ist, nicht aus eigener Machtvollkommenheit, liegt Ausübung öffentlicher Gewalt nicht vor. Damit können nicht die Fälle gleichgesetzt werden, bei denen der Bedienstete öffentliche Gewalt ausübt, dabei aber grob fehlerhaft verfährt. Das Handeln als Organ in einem hoheitlich organisierten Bereich begründet die Zurechnung der jeweiligen Handlung zum staatlichen Imperium ohne Rücksicht auf die Rechtmäßigkeit im Einzelfall. Andere Fälle des Nichtaktes als jene, die auf einem Verstoß gegen organschaftliche Normen beruhen, gibt es daher nicht[375].

Wollte man der Auffassung der »Willkür-Rechtsprechung« beitreten, so entfiele gerade bei gröbsten Verstößen gegen die Grundsätze ordnungsgemäßer Verwaltung die Staatshaftung aus § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG. Verneinte man das Vorliegen einer Hoheitshandlung, so könnte sich der Geschädigte in der Regel nur an den Bediensteten selbst halten, weil das Gemeinwesen sich nach § 831 BGB exkulpieren könnte, falls nicht ausnahmsweise §§ 89, 31 BGB eingriffen. Denn die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Staatshaftung setzt die Ausübung öffentlicher Gewalt voraus, welcher Begriff für die Frage des Rechtsweges und die Anwendbarkeit von Zivilrecht keine andere Auslegung als für die Haftung finden kann. Diese schwer tragbare Folge für Schadensersatzansprüche wird von den Anhängern der Willkürlehre nicht in Rechnung gestellt.

Die Annahme, hoheitliche Maßnahmen könnten durch besondere Fehlerhaftigkeit, wie »Willkür«, sich in bürgerlich-rechtlich zu beurteilende Handlungen verwandeln, ist daher abzulehnen. Aber selbst wenn man diese Wirkung für möglich hält, darf »Willkür« in dem genannten Sinn nicht mit dem Begriff der Nichtigkeit verwechselt werden[376]. Nichtigkeit bedeutet, daß einer Willensäußerung — sei sie privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich — die

---

[374] Nachw. bei *Kayser-Leiß,* Die Amtshaftung, S. 29.

[375] *Eyermann-Fröhler,* VGG a.a.O.

[376] Nicht zu billigen ist daher die Auffassung von *v. Godin-Hoth,* a.a.O., § 1 UWG, Anm. 12, die gegen nichtige, zu Wettbewerbszwecken vorgenommene Ministerialerlasse die Unterlassungsklage vor den ordentlichen Gerichten zulassen.

gewollte Rechtswirkung ohne weiteres abgeht, Anfechtbarkeit, daß die Nichtigkeit erst durch eine weitere Handlung – eines Beteiligten oder Gerichts – herbeigeführt werden muß. Daher können nur Verwaltungsakte als hoheitliche Regelungen (Willensäußerungen[377]), die auf eine Rechtsfolge gerichtet sind, anfechtbar und nichtig sein. Zumindest ist es mißverständlich, bei Maßnahmen der schlichten Hoheitsverwaltung, die sich ja auf rein tatsächlichem Gebiet bewegen, von Nichtigkeit zu sprechen. Diese können nur rechtmäßig oder rechtswidrig (fehlerhaft) sein, denn ihnen kommt keine Rechtswirkung zu, die verneint werden könnte. Wenn daher das LG und OLG München[378] prüfen, ob eine auf tatsächlichem Gebiet liegende Wettbewerbsmaßnahme »nichtig« sei und für diesen Fall den ordentlichen Rechtsweg zulassen wollen, kann dem nicht gefolgt werden[379]. Aber auch wenn man den Begriff der Nichtigkeit im übertragenen Sinn auf Handlungen der schlichten Hoheitsverwaltung anwendete und dabei einen Grad von Rechtswidrigkeit meinte, der bei einem Verwaltungsakt die Nichtigkeit bewirken würde, so reichte die Feststellung einer solchen Fehlerhaftigkeit nicht aus, um den ordentlichen Rechtsweg für eine Unterlassungsklage gegen die Maßnahmen zu eröffnen, genausowenig wie auf Unterlassung nichtiger Verwaltungsakte vor den Zivilgerichten geklagt werden kann. Jedenfalls muß auch vom Standpunkt der »Willkür-Rechtsprechung« ein noch höheres Ausmaß von Rechtswidrigkeit, als zur Begründung der Nichtigkeit erforderlich, verlangt werden. Es muß bezweifelt werden, ob es dergleichen überhaupt gibt. Auch wäre der Übergang zwischen »bloßer« Nichtigkeit und »Willkür« so fließend und unsicher, so daß er sich kaum als Abgrenzungskriterium zwischen ordentlichem und Verwaltungsrechtsweg, bürgerlichem und öffentlichem Recht eignen würde.

Sicherlich aber kann in dem bloßen Mißbrauch einer Hoheitshandlung für fiskalische Ziele – entgegen der Auffassung von *Bettermann*[380] – ein so hoher Grad von Fehlerhaftigkeit nicht gefunden werden. Das erweist ein Blick auf die Lehre von den fehlerhaften Verwaltungsakten. Läßt sich die Verwaltung beim Erlaß eines in ihrem Ermessen stehenden Verwaltungsakts von sachfremden, fiskalischen Belangen leiten, ja erstrebt sogar der handelnde Beamte damit einen eigenen Vermögensvorteil, so liegt Ermessensmißbrauch vor. Dieser macht aber den Verwaltungsakt nicht einmal nichtig, sondern nur

---

[377] *v. Turegg*, Verwaltungsrecht, S. 95, 112.

[378] WRP 1957, 109 und 1958, 51.

[379] Vgl. *Erckens*, a.a.O., S. 170, der zutreffend hervorhebt, daß es hier nicht um eine Inzidentprüfung geht, sondern der Angriff sich gegen die Hoheitshandlung selbst richtet.

[380] a.a.O.

anfechtbar[381]. Liegt nun die Handlung, mit der ermessensmißbräuchlich wettbewerbliche Interessen verfolgt werden, auf tatsächlichem Gebiet, so kann ihr Grad von Fehlerhaftigkeit nicht größer sein. Nichtigkeit oder erst recht »Willkür« im Sinne der reichsgerichtlichen Rechtsprechung wird durch ein wettbewerbswidriges Verhalten nicht hervorgerufen.

d) Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich somit feststellen: Der Mißbrauch einer hoheitlichen Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs kann nicht bewirken, daß die Handlung die Rechtsnatur als Ausübung öffentlicher Gewalt verliert und sich in eine bürgerlich-rechtliche Handlung verwandelt. Die Behauptung, eine Amtshandlung verfolge auf rechtswidrige Weise Wettbewerbszwecke und greife in die Rechte privater Mitbewerber ein, kann nicht dazu führen, den ordentlichen Rechtsweg für eine Unterlassungsklage zu eröffnen und das UWG unmittelbar anwendbar zu machen. Die Versuche, den privaten Gewerbetreibenden in solchen Fällen auf die genannte Weise Rechtsschutz zu gewähren, führen nicht zum Ziel.

2. Öffentlich-rechtlicher Lösungsversuch

a) Die Geltung des Grundgedankens von § 1 UWG im öffentlichen Recht

Verstößt eine Handlung, die in Ausübung öffentlicher Gewalt vorgenommen wurde, gegen die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs, so bleibt sie dennoch dem öffentlich-rechtlichen Bereich verhaftet und unterliegt nicht privatrechtlicher Beurteilung. Auch die Rechtsbeziehung zwischen der handelnden Behörde und dem privaten Wettbewerber ist öffentlich-rechtlich. Deshalb ist der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten unzulässig. Da aber heute der Verwaltungsrechtsweg für alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten eröffnet ist, geht es zunächst um die materiellrechtliche Frage, ob auch das öffentliche Recht sittenwidrige Handlungen im Wettbewerb verbietet.

Das RG[382] hat in einer Entscheidung die Rechtswidrigkeit geschäftsschädigender Behauptungen in dem Gutachten einer Handwerkskammer verneint, weil der Staat und seine Organe auch zu Eingriffen in die gewerbliche Sphäre, in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, befugt seien. Wenngleich die Entscheidung im Ergebnis richtig sein mag, kann doch der Begründung in dieser Allgemeinheit jedenfalls heute nicht mehr zugestimmt werden. Aus-

[381] *Eyermann-Fröhler,* VwGO § 114, Anm. 30.

[382] RG in GRUR 1936, 806.

übung öffentlicher Gewalt ist als solche noch kein Rechtfertigungsgrund. Wenngleich auch Maßnahmen schlichter Hoheitsverwaltung im Einzelfall nicht der gesetzlichen Grundlage bedürfen, so folgt doch aus Art. 20 GG, daß sie sich zu Gesetz und Recht nicht in Widerspruch setzen dürfen. Die Annahme, hoheitliche Betätigung habe schlechthin den Vorrang vor privatem Erwerbsstreben und der private Unternehmer müsse alle Maßnahmen, die sich auf sein Unternehmen auswirken, unbesehen dulden, ist mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar. Hoheitsbetätigung gewährt als solche keine Befugnisse zu ungemessener Beeinträchtigung privatrechtlicher Unternehmen, die bei fiskalischer Betätigung untersagt wäre. Ausübung öffentlicher Gewalt und privates Erwerbsstreben spielen sich auch nicht auf verschiedenen Ebenen ab, wo sie keine Berührungspunkte hätten; vielmehr können die öffentliche Verwaltung und namentlich hoheitliche Leistungsträger Privatunternehmen, wie die eingangs aufgeführten Beispiele zeigen, schwer beeinträchtigen. Gerade bei Schädigungen durch die öffentliche Gewalt, die sich besonders einschneidend auswirken können, darf der Bürger nicht ohne Rechtsschutz bleiben. Dem Staat steht kein rechtsfreier Raum zur Verfügung, wenn er sich hoheitlich handelnd am Wirtschaftsleben beteiligt. *Richter*[383] bemerkt daher zu Recht, die öffentliche Hand müsse sich auch dort, wo sie sich öffentlich-rechtlicher Formen bediene, an die Grenzen des im Wirtschaftsverkehr Zulässigen halten. Im gleichen Sinne wird man auch die Äußerung *Wolffs*[384] auffassen dürfen, daß, gleichgültig in welcher Form die Verwaltung betrieben werde, sie stets die allgemeinen Schranken des Wettbewerbs beachten müsse. Eine Begründung geben die genannten Autoren für ihre Auffassung jedoch nicht.

Es ist davon auszugehen, daß eine unmittelbare Anwendung des UWG auf Hoheitshandlungen ausgeschlossen ist. Das folgt daraus, daß das UWG, wenngleich es auch Belangen der Öffentlichkeit an einem lauteren Wettbewerb dient (mit Ausnahme der hier nicht interessierenden Straf- und Verfahrensvorschriften), dem Privatrecht angehört, über die Rechtmäßigkeit von Hoheitshandlungen aber nur das öffentliche Recht entscheidet. Hoheitliche Wettbewerbsverstöße werden deshalb nur dann von dem Rechtswidrigkeitsurteil erfaßt, wenn der Nachweis gelingt, daß die Grundsätze des UWG auch Bestandteil des öffentlichen Rechts sind.

Vereinzelte gesetzliche Vorschriften des öffentlichen Rechts, die das Verhalten öffentlicher Unternehmen im Wettbewerb regeln, wurden schon oben

---

[383] VVDSt. 6, 69, 100.

[384] Verwaltungsrecht I, S. 84.

angeführt. Es handelt sich namentlich um das Aufsaugungsverbot des Art. 75 Abs. 2 BayGO und das Kopplungsverbot des Art. 81 BayGO. Besonders in letzterer Bestimmung ist der bürgerlich-rechtliche Grundsatz des Verbots von Monopolmißbräuchen ausdrücklich ins öffentliche Recht übertragen worden. Beide Vorschriften gelten für sämtliche gemeindliche Eigenbetriebe, also auch solche, die anstaltlich mit öffentlich-rechtlichem Nutzungsverhältnis ausgestattet sind[385]. Da eine analoge Anwendung dieser Vorschriften auf andere juristische Personen des öffentlichen Rechts abzulehnen ist und zudem nur zwei Einzelfälle normiert sind, kann die gemeinderechtliche Regelung dem Rechtsschutzbedürfnis privater Unternehmen vor behördlichen Übergriffen nicht genügen. Daß aber ein argumentum e contrario hier nicht sinnvoll wäre, bedarf keiner näheren Darlegung.

Vielmehr gilt das Verbot sittenwidriger Handlungen, das § 1 UWG zugrunde liegt, als Generalklausel auch im öffentlichen Recht[386]. Der Maßstab der guten Sitten gehört zu den allgemeinen Grundsätzen unseres Rechts. Es handelt sich also nicht um einen privatrechtlichen Begriff, der im hoheitlichen Bereich unanwendbar wäre[387]. Ein Verstoß gegen die guten Sitten macht auch eine hoheitliche Handlung, gehöre sie der obrigkeitlichen oder der schlichten Hoheitsverwaltung an, widerrechtlich. Dabei wird ein Verhalten, das, im bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis vorgenommen, sittenwidrig wäre, nicht dadurch erlaubt, daß es in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt. Ob eine solche Maßnahme etwa durch die Verfolgung eines öffentlichen Interesses gerechtfertigt wird, ist eine andere, später noch zu prüfende Frage.

Der Begriff der Sittenwidrigkeit ist im öffentlichen Recht kein anderer als im UWG. Überall ist er auf den Gegenstand der Bewertung bezogen[388], hier also auf ein wettbewerbliches Verhalten, das dem Beurteilungsmaßstab seinen Inhalt gibt. Die Bewertung einer Handlung ändert sich im Grundsatz nicht, ganz gleich, ob die Handlung privatrechtlich oder hoheitlich ist. Der Rechtssatz, der sittenwidrige Handlungen im öffentlichen Recht verbietet, verhält sich ähnlich wie § 826 BGB zu den Grundsätzen des UWG. Wie sich aus § 826 BGB auch das Verbot sittenwidriger Wettbewerbsmaßnahmen für die privatrechtliche Ebene ergibt, so verbietet auch das öffent-

---

[385] Was ein wirtschaftliches Unternehmen i. S. der GO nicht ausschließt: *Helmreich-Widtmann*, a.a.O., Art. 75, Anm. 4.

[386] RGZ 134, 163; JW 1938, 43; *Forsthoff*, Verwaltungsrecht S. 159 und 364, BGB-RGR § 138, Anm. 14, § 826 Anm. 6.

[387] a. A. zu Unrecht *Ascher* LZ 1929 Sp. 1433; JR 1929, 89.

[388] *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., UWG, Einl., Anm. 51.

liche Recht solche Verwaltungshandlungen als Unterfall des Gebots zu sittengemäßem Verhalten.

Die Beachtung der im UWG niedergelegten Grundsätze des lauteren Wettbewerbs gehört auch zu den Amtspflichten derjenigen, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betraut sind. Das geht aus der zur Staatshaftung bei Ausübung hoheitlicher Gewalt ergangenen Rechtsprechung hervor[389]. Es gilt der Grundsatz, daß jedem unbeteiligten Dritten gegenüber die Amtspflicht besteht, in keiner Weise unzulässig in seinen Rechtsbereich einzugreifen. Ob ein solcher Eingriff gegen eine Bestimmung verstößt, die nur Beamte oder auch – wie die Wettbewerbsvorschriften – andere Personen bindet, ist gleichgültig. Denn § 839 BGB umschließt auch alle unerlaubten Handlungen im Sinne der §§ 823 ff BGB mit der Folge, daß ein Bediensteter, der in Ausübung öffentlicher Gewalt bei Vornahme eines Amtsgeschäfts eine unerlaubte Handlung gegenüber einem Dritten begeht, gleichzeitig eine ihm dem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt[390]. Hier tritt also eine Verklammerung des öffentlich-rechtlichen mit dem privatrechtlichen Bereich in der Weise ein, daß ein Verhalten, das jedermann untersagt ist, auch dem hoheitlich handelnden Staat verboten ist, soweit nicht für ihn im Einzelfall Rechtfertigungsgründe bestehen. Ein Verstoß gegen die dem Privatrecht angehörigen Normen des Deliktsrechts machen auch Maßnahmen der öffentlichen Gewalt widerrechtlich. Da nun § 826 BGB auch die sittenwidrigen Wettbewerbshandlungen verbietet, die dieser Vorschrift zugrunde liegende Norm aber auch für hoheitliches Handeln gilt, ist auch die öffentliche Gewalt an die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs gebunden.

Das gleiche, was für §§ 823 ff BGB gilt, muß darüber hinaus für § 1 UWG maßgeblich sein. Die Bestimmungen des UWG haben keinen anderen Charakter als die Vorschriften über die unerlaubten Handlungen im BGB. In beiden Fällen handelt es sich um Deliktsnormen der Verschuldenshaftung[391]. Das UWG ergänzt als wettbewerbliches Sondergesetz die allgemeinen Vorschriften, aus denen es hervorgegangen ist. Die Einhaltung der Normen des UWG gehört daher auch zu den Amtspflichten bei Ausübung hoheitlicher Maßnahmen[392]. Ein Verstoß dagegen macht sie rechtswidrig. Ein gegen

---

[389] RGZ 154, 208; 155, 189; 156, 237; 161, 150.

[390] BGHZ 16, 111.

[391] z. B. *Baumbach-Hefermehl,* a.a.O., Einl., UWG, Anm. 80.

[392] Im Ergebnis ebenso, aber mit unrichtiger Folgerung hinsichtlich der Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs: *Bernstein,* JW 1927, 1071; a.A. *Erckens,* a.a.O., S. 85, 90 mit unzutreffenden Nachweisen; überholt *Gütebier,* Wettbewerb der öffentlichen Hand, S. 59 ff.

die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs verstoßendes Verhalten eines Hoheitsträgers greift darüber hinaus auch in die durch Art. 2 GG geschützte wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Mitbewerber ein und ist daher auch verfassungswidrig.

Voraussetzung, daß das UWG mittelbar auch öffentlich-rechtliches Verwaltungshandeln regelt, ist aber weiter, daß hoheitliche Maßnahmen die Tatbestandsmerkmale des UWG erfüllen können. Maßnahmen der schlichten Hoheitsverwaltung und obrigkeitlichen Verwaltung sind somit auf die Merkmale des Handelns im geschäftlichen Verkehr und zu Zwecken des Wettbewerbs hin zu prüfen.

b) Geschäftlicher Verkehr und Wettbewerbszweck bei hoheitlicher Betätigung

Die h. M. scheidet hoheitliche Betätigung grundsätzlich aus dem Begriff des geschäftlichen Verkehrs aus[393]. Das ist insoweit zutreffend, als aus hoheitlichen Wettbewerbsverstößen privatrechtliche Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche nicht hergeleitet werden können. Für die Frage der Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit hoheitlicher Maßnahmen bedarf es jedoch einer ausdehnenden Auslegung. Eine Ausklammerung der Hoheitshandlungen schlechthin aus der wettbewerbsrechtlichen Betrachtung war höchstens zu einer Zeit berechtigt, als die öffentliche Betätigung sich im wesentlichen auf die obrigkeitliche Ordnungsverwaltung beschränkte. Heute, wo eine große Zahl von Hoheitsbetrieben gleiche oder ähnliche wirtschaftliche Aufgaben wie Privatunternehmen verfolgen und mit diesen in Wettbewerb treten, ist sie nicht mehr gerechtfertigt. Für den privaten Unternehmer, der durch die Maßnahme eines hoheitlichen Wirtschaftsbetriebs geschädigt wird, spielt dessen Organisation keine Rolle. Die Auswirkung der Wettbewerbshandlung auf sein Unternehmen ist eher noch erheblicher, als wenn sie von einer im bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis handelnden Körperschaft ausginge. Erfüllt daher eine Verwaltungsbehörde ihre Aufgaben durch entgeltlichen Austausch von Gütern oder Gewähren von Leistungen, so muß sie auch die Pflichten als Wettbewerber auf sich nehmen. Sie kann sich von den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs nicht durch die Einführung hoheitlicher Gestaltungsformen befreien. Für die Anwendbarkeit der wettbewerblichen Normen kann es also nicht auf die Organisation des öffentlichen Unternehmens ankommen, sondern dessen Auftreten im wirtschaftlichen Wettbewerb; die wirtschaftliche Funktion, die es ausübt, ist hierfür entscheidend. Das Merkmal »im geschäftlichen Verkehr« ist nach den Bedürfnissen des

[393] Statt vieler: *Baumbach-Hefermehl,* a.a.O., Einl. UWG, Anm. 128.

Rechtsverkehrs auszulegen. Diese extensive Tendenz tritt auch in der Rechtsprechung hervor, die unter geschäftlichem Verkehr die Wirtschaftstätigkeit im weitesten Sinn versteht, ohne daß eine Gewinnabsicht vorliegen müßte und darunter selbst die künstlerische und wissenschaftliche Tätigkeit begreift[394].

Die hier vertretene Auffassung stimmt mit der Rechtsprechung des RG[395] und des BGH[396] zum Merkmal »geschäftlicher Betrieb« überein. Auch danach ist maßgeblich, wie ein Betrieb im Wirtschaftsleben tatsächlich in Erscheinung tritt. Wenn auch Einrichtungen und Betriebe dazu bestimmt sind, öffentlichen Zwecken zu dienen, so kann doch die Art ihrer Gestaltung und ihrer Beteiligung am Wirtschaftsleben durchaus geschäftlich sein, sie können die ihnen wesensmäßige Aufgabe im Wirtschaftsleben vollziehen, wobei es unerheblich ist, ob die Verwaltungseinrichtung in die staatliche Hoheits- oder Wirtschaftsverwaltung eingegliedert ist. Unter geschäftlichem Verkehr ist daher jede Tätigkeit zu verstehen, die dem Austausch wirtschaftlicher Güter oder Leistungen gegen Entgelt (ausnahmsweise unentgeltlich) zum Inhalt hat, gleichgültig, wie sie organisiert ist.

Der Satz, daß auch Dritte, die nicht Angehörige eines Unternehmens sind, im geschäftlichen Verkehr handeln können, ist grundsätzlich auch auf hoheitlich tätige Behörden anwendbar. Doch scheidet amtliche Betätigung aus dem Kreis geschäftlicher Handlungen aus. Es wird nunmehr deutlich, was unter amtlichem Handeln verstanden werden muß: nicht schlechthin jede Hoheitstätigkeit, sondern nur eine solche, bei der die Verwaltung ihre Aufgaben nicht durch Teilnahme am Wirtschaftsleben, sondern durch ordnende und lenkende Tätigkeit erfüllt. Sie steht nicht im, sondern über dem Wirtschaftsleben, wenn sie sich in ihren Entscheidungen von sachlichen, neutralen Gesichtspunkten leiten läßt, also insbesondere den Gleichheitssatz beachtet. Die staatliche Ordnungsverwaltung handelt daher grundsätzlich nicht im geschäftlichen Verkehr[397]. Die Zugehörigkeit zu dem (geschäftlichen Verkehr ausschließenden) amtlichen Handeln richtet sich nicht nach dem formellen Maßstab: privates oder öffentliches Recht, sondern es kommt auf die Art und Weise der Aufgabenerfüllung an.

Als Wettbewerbshandlung scheidet daher die wirtschaftslenkende Tätigkeit des Staates und seiner Körperschaften[398] in Formen der Hoheitsverwaltung

---

[394] *Baumbach-Hefermehl*, Einl. UWG, Anm. 128.

[395] RGSt. 66, 380, 384.

[396] BGHSt. 2, 401.

[397] RG Warn. 1929, Nr. 143; RG in GRUR 1936, 806.

[398] Vgl. dazu *Hamann*, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung.

aus, wie z. B. die öffentliche Subvention[399], etwa die Bevorzugung von Grenzlandunternehmen mit Krediten oder Staatsaufträgen. Eine Wettbewerbshandlung ist mit *Tetzner*[400] zu verneinen bei der von ihm zitierten Entscheidung des OGH Wien vom 25. April 1956, in der das Landwirtschaftsministerium bei einer Aktion zur Bekämpfung der Rindertuberkulose Beihilfen gewährte, wenn positiv reagierende Rinder an bestimmte private Viehhändler verkauft wurden. Jedenfalls fehlt hier eine Wettbewerbsabsicht. Nach *v. Godin-Hoth*[401] soll die Förderung einheimischer Industrie durch den Staat durch hoheitliche Machtausübung eine sitten- und rechtswidrige Wettbewerbshandlung sein. Eine Handlung im geschäftlichen Verkehr und zu Zwecken des Wettbewerbs kann darin aber nicht gefunden werden. Jedenfalls fehlt es an der Sittenwidrigkeit, denn eine Pflicht zur Gleichbehandlung der ausländischen Industrie mit der einheimischen ist nicht anzuerkennen. Selbst soweit völkerrechtliche Verpflichtungen (z. B. auf Grund internationaler Verträge) in dieser Richtung bestehen, würde eine Zuwiderhandlung nicht zu einer sittenwidrigen Wettbewerbshandlung führen. Keine Handlung im geschäftlichen Verkehr liegt in der Erstattung von Auskünften, amtlichen Gutachten oder bei der Warnung vor bestimmten Unternehmen durch die Behörden, sofern dabei sachlich und objektiv verfahren wird.

Dagegen greifen Behörden dann in den geschäftlichen Verkehr ein, wenn sie unter Verstoß gegen den Gleichheitssatz, also willkürlich, insbesondere (aber nicht notwendig) aus fiskalischen Gründen, zugunsten bestimmter Unternehmen oder Gruppen solcher tätig werden. Sie mißbrauchen dann ihre amtliche Stellung zum Wettbewerb. Das wäre z. B. bei einem Boykott durch eine berufsständische Körperschaft anzunehmen, auch wenn eine derartige Maßnahme hoheitlichen Charakter trüge[402].

Bei all dem ist aber stets zu beachten, daß ein Mißbrauch zu Wettbewerbszwecken an dem öffentlich-rechtlichen hoheitlichen Charakter der Handlungen nichts ändert, der Rechtsweg zu den Zivilgerichten daher nicht in Betracht kommt, sondern die Verwaltungsgerichte zuständig sind. Wegen der Rechtsfolgen von hoheitlichen Wettbewerbsverstößen wird auf den 3. Abschnitt verwiesen.

---

[399] Darüber *Ipsen*, DVBl. 1956, 461, 498, 602.

[400] UWG § 1, Anm. 17.

[401] a.a.O., § 1 UWG, Anm. 12.

[402] Der BGH in LM, § 1 UWG, Nr. 15, hat allerdings bei dem Boykott durch eine Bäckerinnung eine privatrechtliche Handlung angenommen, anscheinend ohne auf die Rechtsnatur der Betätigung einzugehen.

III. Der Maßstab der guten Sitten für den Wettbewerb der öffentlichen Hand

1. Allgemeines

Die Generalklausel des § 1 UWG verbietet sittenwidrige Wettbewerbshandlungen. Der Begriff der Sittenwidrigkeit wird damit zum Angelpunkt des gesamten Wettbewerbsrechts. Nach der überwiegenden[403] und billigenswerten Ansicht ist darunter ein Verstoß gegen die Sittlichkeit als ethischer Norm, nicht gegen die Sitte im Sinne tatsächlicher Übung oder Gepflogenheit zu verstehen. Es ist nach der bekannten Formel des RG[404] auf das »Anstandsgefühl der gerecht und billig Denkenden« abzustellen. Die Anschauungen der Allgemeinheit sind im Grundsatz auch im Wettbewerbsleben der Maßstab für die guten Sitten[405]. Da aber nicht jedermann ein Urteil über das im Wettbewerb Erlaubte und Verbotene hat, ist praktisch auf das Anstandsgefühl der verständigen und anständigen Durchschnittsgewerbetreibenden abzustellen und, soweit durch eine Wettbewerbshandlung auch Belange der Allgemeinheit verletzt werden[406], auch die Beurteilung der vernünftigen Verbraucherkreise[407] mit heranzuziehen. Auf die Bedeutung der Sonderanschauungen, vornehmlich die der Mitbewerber, weist *Tetzner*[408] überzeugend hin.

An dieser Stelle wird bereits eine Schwierigkeit deutlich, die sich für das Wettbewerbsrecht der öffentlichen Hand ergibt: Ereignet sich ein Wettbewerbsverstoß im Kreis privater Unternehmen, so besteht eine hinreichende Zahl von Berufsgenossen, die an den Vorgängen unbeteiligt sind und deren sittliches Empfinden zur Erkenntnis der Unerlaubtheit der Handlung herangezogen werden kann. Für die Beurteilung von Wettbewerbshandlungen, die von der öffentlichen Hand ausgehen, fehlt es an solchen neutralen und dennoch dem Wirtschaftszweig zugehörigen Beurteilern. Denn sämtliche Unternehmen gehören, sieht man von den gemischwirtschaftlichen ab, entweder zur Gruppe der öffentlichen oder der privaten Unternehmen, und beide Gruppen stehen sich vielfach in einer Art von geschlossener Front gegenüber. Auf das Sittlichkeitsempfinden des durchschnittlichen privaten Unternehmers

---

[403] Vgl. z. B.: *Baumbach-Hefermehl,* a.a.O., Einl. UWG, Anm. 48.

[404] z. B. RGZ 48, 124; 80, 221; 150, 5.

[405] *Hubmann,* Gewerblicher Rechtsschutz, S. 242.

[406] Zur Streitfrage über den Schutzgegenstand des Wettbewerbsrechts vergleiche *Baumbach-Hefermehl,* a.a.O., Einl. UWG, Anm. 32 ff. und *Hefermehl,* Festschrift f. *Nipperdey,* S. 284; *Tetzner,* a.a.O., Vorbem., Anm. 12.

[407] *Baumbach-Hefermehl,* a.a.O., Einl. UWG, Anm. 54; BGHZ 15, 364; BGH in GRUR, 1960, 561.

[408] a.a.O., § 1, Anm. 38.

kann nicht abgestellt werden. Er wird, da er oftmals selbst Einbußen durch den Wettbewerb der öffentlichen Hand erleidet, geneigt sein, schon die Tatsache der öffentlichen Konkurrenz als solcher für sittenwidrig zu halten. Es wird auch häufig das Verständnis für die öffentliche Verwaltung und das von ihr zu wahrende öffentliche Interesse nicht vorhanden sein[409], wie umgekehrt die von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle beweisen, daß die Zulässigkeit eines Verhaltens im Wettbewerb von den öffentlichen Unternehmen nicht immer zutreffend beurteilt wurde.

Die Bildung einer einheitlichen sittlichen Überzeugung wird darüber hinaus dadurch erschwert, daß das Verhältnis zwischen öffentlicher und privater Wirtschaft nicht selten mit politischen Grundanschauungen, die sich starr gegenüberstehen, stark belastet ist. Da bei alledem das Rechtsempfinden einer noch größeren Unsicherheit als anderwärts unterliegt, ist es nicht verwunderlich, daß von einseitigen Vertretern des privatwirtschaftlichen Standpunktes vielfach ein bloß unerwünschtes Verhalten als sittenwidrig hingestellt wird, um dadurch eine Handhabe zu erhalten, die zeitweise vorhandene Expansion der öffentlichen Wirtschaft aufzuhalten oder doch abzuschwächen. Es wurde bereits ausgeführt, daß es nicht die Aufgabe des Wettbewerbsrechts sein kann, Wirtschaftspolitik zu treiben, und daß das UWG nicht dazu in der Lage ist, einer bestimmten wirtschaftstheoretischen Lehrmeinung Geltung zu verschaffen.

Muß es allgemein schon Bedenken unterliegen, den wettbewerbswidrig Handelnden mit dem diskriminierenden Vorwurf der Sittenwidrigkeit zu belasten[410], so gilt das in ganz besonderem Maße, wenn ein Verhalten des Staats in der Weise gebrandmarkt werden soll. Es besteht daher beim Wettbewerb der öffentlichen Hand besonderer Anlaß, zu prüfen, ob das tragende Merkmal der Generalklausel des § 1 UWG durch andere Kriterien für die Zulässigkeit eines Wettbewerbsverhaltens ersetzt werden kann.

Der Versuch *Baumbachs*[411], auf das herrschende Volksempfinden abzustellen und den Begriff der Sittenwidrigkeit als Gemeinschaftswidrigkeit zu verstehen, war wegen des Widerspruchs zum Gesetzeswortlaut zum Scheitern

---

[409] Bedenklich daher z. B. *W. Voigt*, a.a.O., S. 134, wenn er strengere Anforderungen für den Wettbewerb der öffentlichen Hand aus den Anschauungen der (privaten) Durchschnittsgewerbetreibenden herleitet, oder *Gütebier*, Wettbewerb der öffentlichen Hand, S. 50, wenn er auf das Anständigkeitsgefühl des kaufenden Publikums allein abstellt.

[410] Vgl. *Hubmann*, ZHR 117, 41, 75; *Tetzner*, a.a.O., § 1, Anm. 59.

[411] Nachw. b. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., UWG, Anm. 49.
BGH GRUR 1960, 550; unklar BGHZ 36, 255.

verurteilt. Es kann deshalb die Sittenwidrigkeit auch nicht, wie in Art. 1 des Schweizerischen BundesG über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943 durch das Merkmal des Verstoßes gegen Treu und Glauben ersetzt werden.

Da Verstöße gegen die Lauterkeit des Wettbewerbs in der Regel auch das Recht am Unternehmen der Mitbewerber beeinträchtigen, taucht die Frage auf, ob § 1 UWG durch § 823 Abs. 1 BGB ersetzt oder doch ergänzt werden kann.

Fällt eine sittenwidrige Wettbewerbshandlung zugleich unter § 1 UWG als auch unter § 823 Abs. 1 BGB i. V. m. dem Recht am Unternehmen, so besteht grundsätzlich Anspruchskonkurrenz zwischen den Ansprüchen aus beiden Vorschriften[412]. Die Gerichte könnten sich daher darauf beschränken, § 1 UWG bei groben Sittenverstößen zur Anwendung zu bringen und bei leichten Verstößen lediglich aus § 823 Abs. 1 BGB verurteilen, ohne die Sittenwidrigkeit des Verhaltens ausdrücklich feststellen zu müssen[413]. Zweifelhaft ist jedoch, ob Wettbewerbshandlungen, die nicht sittenwidrig und nach dem UWG zulässig sind, dennoch einen rechtswidrigen Eingriff in das Recht am Unternehmen darstellen können. Für eine Anwendung des § 823 BGB mag sprechen, daß auf seiner Grundlage im Wege der Interessenabwägung eine subtilere Abgrenzung zwischen zulässigem und unzulässigem Verhalten erreicht werden kann, als das bei dem gröberen Kriterium der guten Sitten möglich ist. *Baumbach-Hefermehl*[414] treten dagegen bei Handlungen zu Zwecken des Wettbewerbs für einen Vorrang des UWG ein. Sie vertreten die Auffassung, lautere Wettbewerbshandlungen enthielten schon tatbestandsmäßig keinen Eingriff in Konkurrenzunternehmen, da sie nach der Grundordnung des freien Leistungswettbewerbs sozial adäquat seien. Da § 1 UWG nur sittenwidrige Handlungen verbiete, gehe es nicht an, lautere Wettbewerbshandlungen als rechtswidrige Beeinträchtigungen fremder Unternehmen zu werten, so daß sich, soweit nicht Sondervorschriften beständen, das Unwerturteil der Widerrechtlichkeit in § 823 BGB mit den der Sittenwidrigkeit in § 1 UWG decke.

Man wird demnach Bedenken haben müssen, ob der Eingriff in das Recht am Unternehmen als eine Art minderer Sittenwidrigkeit in der Lage ist, § 1 UWG in den Grenzfällen wirksam zu ersetzen. Bei der Bedeutung des freien Leistungswettbewerbs in unserer Wirtschaftsordnung liegt die An-

[412] *Hubmann,* a.a.O. und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 60. Enger BGHZ 8, 394.

[413] *Hubmann,* a.a.O. und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 242.

[414] a.a.O., Allg. Anm. 87, vgl. auch OLG Hamburg in WRP 1956, 10.

nahme nahe, daß das freie Spiel der Kräfte nur durch das UWG und seine Nebengesetze sowie das GWG eingeschränkt werden sollte. Entscheidend muß aber ins Gewicht fallen, daß, worauf *Baumbach-Hefermehl*[415] zutreffend hinweisen, mit der Aufgabe des Merkmals der Sittenwidrigkeit auch die Verankerung des Wettbewerbsrechts in der Rechtsmoral verlorengehen müßte. Schließlich stimmt der Schutzzweck des Wettbewerbsrechts nicht mit dem Recht am Unternehmen überein[416]: Das UWG schützt die gewerbliche Betätigung schlechthin, § 823 Abs. 1 BGB dagegen nur die in einem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb objektivierte Betätigung[417]. Gäbe es ein Wettbewerbsverhalten, das nicht sittenwidrig oder gesetzwidrig wäre, aber doch unter § 823 Abs. 1 BGB fallen könnte, so wäre dieses Verhalten nur dann unzulässig, wenn es im Einzelfall mehr oder minder zufällig das Unternehmen eines Mitbewerbers beeinträchtigte oder doch gefährdete. Es käme auf den Erfolg der Handlung an. Damit ginge aber die Funktion des Wettbewerbsrechts verloren, durch das Verbot bestimmter Verhaltensweisen, ohne Rücksicht auf eine eingetretene Schädigung, den Wettbewerb rein zu erhalten. Praktische Gesichtspunkte machen es auch wünschenswert, die schwierige und die Gefahr von Rechtsunsicherheit nicht ausschließende Güterabwägung auf Ausnahmefälle zu beschränken.

Dagegen ist das UWG nicht anwendbar, wenn eine Handlung nicht zu Wettbewerbszwecken vorgenommen wurde. Dann kommt allein eine Verletzung allgemeiner Deliktsnormen, insbesondere der §§ 823 ff. BGB in Betracht. Von dem unlauteren Wettbewerb, der auf dem Merkmal der Sittenwidrigkeit beruht, ist der unzulässige Wettbewerb zu unterscheiden, der gegen ein Gesetz verstößt, ohne sittenwidrig zu sein. Denn nicht jeder Gesetzesverstoß begründet die Sittenwidrigkeit des untersagten Verhaltens[418]. Sofern das Gesetz nicht selbst einen Grundsatz der guten Sitten verwirklicht, ist das nur dann anzunehmen, wenn der durch sein Handeln gegen das Gesetz Verstoßende sich dadurch einen Vorsprung vor seinen gesetzestreuen Mitbewerbern verschafft. Gilt daher das Gesetz nicht gleichmäßig für beide Wettbewerber, sondern nur für einen von ihnen, so stellt der Verstoß gegen die besondere Bindung keinen unlauteren Wettbewerb dar[419]. Handelt eine Gemeinde den allein für sie geltenden Beschränkungen (z. B. Art. 75 BayGO)

---

[415] a.a.O., Einl. UWG, Anm. 49.

[416] *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Einl. UWG, Anm. 35.

[417] *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Allg., Anm. 81.

[418] *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG, Anm. 250 ff.

[419] *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Anm. 254.

zuwider, so begeht sie daher nicht etwa gleichzeitig unlauteren Wettbewerb[420]. Anders, wenn die Bestimmung nur Ausdruck eines Gebots der guten Sitten im Geschäftsverkehr ist, z. B. Art. 81 BayGO. Das gleiche gilt für die Übertretung haushaltsrechtlicher Vorschriften, weil sie kein Gebot der guten Sitten enthalten und nur für die öffentliche Hand allein gelten.

Zusammenfassend läßt sich somit feststellen, daß von dem Maßstab der guten Sitten auch im Wettbewerb der öffentlichen Hand nicht abgegangen werden kann. Andererseits erschweren aber die aufgeführten besonderen Verhältnisse beim Wettbewerb der juristischen Personen des öffentlichen Rechts eine unmittelbare Erkenntnis unlauteren Verhaltens. Diese Schwierigkeit kann nur durch die Systematisierung der vorkommenden Wettbewerbshandlungen und durch einen Rückgriff auf die materiellen Grundlagen des Unwerturteils überwunden werden. Dabei unterscheidet *Bernstein*[421] zutreffend zwei Gruppen möglicher Wettbewerbsverstöße der öffentlichen Hand: Die öffentliche Hand kann einmal Handlungen vornehmen, die auch bei Privatunternehmen vorkommen, z. B. unwahre Werbung treiben. Neben diesen allgemeinen Wettbewerbshandlungen gibt es aber solche, die der öffentlichen Hand eigentümlich sind und nur bei ihr auftreten können. Sie beruhen auf der Doppelstellung der öffentlichen Hand als Hoheitsträgerin und als Teilnehmerin am Wirtschaftsleben. In ihrer Beurteilung liegt der Schwerpunkt für das Wettbewerbsrecht der öffentlichen Hand. Von diesen typischen Wettbewerbsverstößen ist daher auszugehen.

2. *Der öffentlichen Hand eigentümliche Wettbewerbsverstöße*

a) *Verbot des Mißbrauchs hoheitlicher Machtstellungen*

Der Sinngehalt des freien Wettbewerbs liegt im Leistungsprinzip begründet[422]. Der Wettbewerb beruht auf einem Vergleich der Leistungen der Mitbewerber[423]. Dabei soll der Kunde in freier Entscheidung durch seine Wahl Richter über Güte und Preiswürdigkeit der Ware sein. Der Wettbewerb wirkt nur dann als Antrieb für bessere Leistungen, wenn dem objektiv vorteilhafteren Angebot sein Vorrang vor dem weniger guten gewahrt bleibt. Es muß dem Abnehmer ermöglicht bleiben, die angebotenen Leistungen nach sachlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. Nützt daher ein Mitbewerber

---

[420] Zutreffend *Schwierholz*, a.a.O., S. 122.

[421] JW 1927, 1071.

[422] *Baumbach-Hefermehl*, UWG Einl., Anm. 68.

[423] *Fikentscher*, a.a.O., S. 113 ff.; *Gütebier*, JW 1934, 1091.

Vorteile im Wettbewerbskampf aus, die nicht auf seiner Leistung beruhen, so stellt sich die Frage der Sittenwidrigkeit eines solchen Verhaltens. Dem Leistungswettbewerb steht der Nichtleistungswettbewerb gegenüber[424].

Diese Unterscheidung erlangt für den Wettbewerb der öffentlichen Hand besondere Bedeutung. Den juristischen Personen des öffentlichen Rechts kommt, wie schon erwähnt, eine Doppelstellung zu: Sie sind einmal Hoheitssubjekte mit besonderen öffentlich-rechtlichen Aufgaben und Befugnissen, zugleich aber auch — im Regelfall privatrechtliche — Wettbewerber und Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr. Die Besonderheit des Wettbewerbs der öffentlichen Hand beruht darauf, daß sie die tatsächliche Möglichkeit hat, aus ihrer Stellung als Hoheitsträger für ihre Wirtschaftstätigkeit Nutzen zu ziehen. Dadurch könnte sie einen nicht auf ihrer Leistung beruhenden Vorsprung vor den privaten Mitbewerbern erlangen, denen diese Hilfsquellen nicht zugänglich sind. Es tritt somit bei den Unternehmen juristischer Personen des öffentlichen Rechts eine besondere Form von Nichtleistungswettbewerb auf, den man als Mißbrauch hoheitlicher Machtstellungen im weitesten Sinn bezeichnet hat[425]. Denn ein lauterer Leistungsvergleich zwischen privaten und öffentlichen Unternehmen ist an die Voraussetzung gebunden, daß die öffentliche Hand diese besonderen Vorteile, zu denen sie Zugang hat, nicht im Wettbewerbskampf ins Treffen führt. Die Folge wäre sonst eine schwerwiegende Verzerrung des Leistungswettbewerbs, die schließlich zur teilweisen Unterdrückung und Aufsaugung der privaten Wirtschaft führen müßte. Daraus ergibt sich die Folge, daß die juristischen Personen des öffentlichen Rechts nur die Mittel im Wettbewerbskampf einsetzen dürfen, die auch privaten Unternehmen zugänglich sind. Es ist ihnen untersagt, einen Wettbewerbsvorteil auszunutzen, der nur auf Grund ihrer amtlichen Betätigung erlangt würde[426]. Auf diese Weise kann die Gleichheit der Bedingungen hergestellt werden, auf deren Grundlage ein Wettbewerb zwischen der öffentlichen Hand und der privaten Wirtschaft möglich wird.

So einleuchtend dieser Grundsatz für das Wettbewerbsrecht der öffentlichen Hand erscheinen mag, so schwierig ist doch im Einzelfall seine Durchführung. Der Staat als Träger von Hoheitsrechten und Verwaltungsobliegen-

---

[424] *Baumbach-Hefermehl,* UWG Einl., Anm. 67.

[425] *Vetter,* a.a.O., S. 59.

[426] *Ulmer,* Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht, S. 17; *Rosenthal,* Wettbewerbsgesetz § 1, Note 24a; *Baumbach-Hefermehl,* a.a.O., Allg. Anm. 97; vgl. RGZ 132, 296.

heiten ist nicht vom Staat als Fiskal- und Wirtschaftssubjekt geschieden. Beide sind nicht nur als Rechtssubjekte identisch, sondern auch organisatorisch verschmolzen. Für die anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts gilt das Entsprechende. Diese Verbindung ist namentlich auf finanziellem Gebiet augenfällig: Öffentliche Unternehmen werden in irgendeiner Form regelmäßig aus den Mitteln des Staatshaushalts errichtet oder übernommen, dessen Hauptanteil aus Abgaben besteht. Dennoch kann deswegen der Betrieb öffentlicher Unternehmen nicht schlechthin unlauterer Wettbewerb sein. Die unselbständigen Regiebetriebe sind in die Verwaltungsorganisation eingebaut. Die gleichen sachlichen und persönlichen Mittel dienen dann sowohl hoheitlicher Verwaltung als auch dem Gewinnstreben des betreffenden Rechtssubjekts. Auch in diesem Fall kann die Wahl der althergebrachten Betriebsform nicht schon von vornherein als unlauter gelten.

Die Vorzugsstellung der öffentlichen Hand im Wettbewerb ist also nicht gänzlich ausschaltbar. Aus der Natur eines öffentlichen Unternehmens folgt notwendig eine Ungleichheit im Verhältnis zur Privatwirtschaft, die mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts nicht völlig ausgeglichen werden kann. Dies vermag aber an dem Grundsatz einer Trennung von Verwaltungs- und Wirtschaftssubjekt nichts zu ändern. Die Ausscheidung wettbewerbsfremder Elemente aus der eigenwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand muß nichtsdestoweniger erfolgen, soweit dies durchführbar und sinnvoll ist. Sobald der verwaltende Staat dem wirtschaftenden Staat zusätzliche Hilfe und Unterstützung gewährt oder dieser sie anfordert, wird die Sittenwidrigkeit eines derartigen Verhaltens indiziert.

b) Abgrenzungsfragen

Es erhebt sich nunmehr die Frage, wo diese Grenzlinie zwischen dem verwaltenden Staat, also insbesondere dem Staat als Hoheitsträger, und dem eigenwirtschaftlich tätigen Staat zu ziehen ist. Nicht jede Zusammenarbeit öffentlicher Unternehmen oder Stellen muß wettbewerbswidrig sein. Auch hier ist von der Verschiedenartigkeit staatlicher Betätigungen auszugehen: Der Bogen spannt sich von der staatlichen Ordnungsverwaltung über die eigenwirtschaftliche Hoheitstätigkeit und die Daseinsvorsorge in privatrechtlicher Form bis zur erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Betätigung.

Es leuchtet ohne weiteres ein, daß die erwerbswirtschaftlich-fiskalische Betätigung nicht die Hilfe und Unterstützung der obrigkeitlichen Ordnungsverwaltung für ihren Wettbewerb in Anspruch nehmen darf. So wäre es zweifellos sittenwidrig, wenn eine Stadt durch ihre Polizeibeamten für ihren Ratskeller werben ließe. Andererseits kann die gegenseitige Unterstützung der

privatwirtschaftlichen Unternehmen der öffentlichen Hand nicht unzulässig sein. Genauso wie verschiedene Unternehmen in der privaten Wirtschaft, die dem gleichen oder verschiedenen Inhabern gehören, zusammenarbeiten und einander im Wettbewerb fördern dürfen (soweit nicht das Kartellrecht dem entgegensteht), muß das auch für den Staat und seine juristischen Personen gelten, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob Unternehmensträger dieselben oder verschiedene Körperschaften sind. In keinem Fall tritt hier der Staat in der besonderen und nur ihm vorbehaltenen Weise für das Unternehmen auf, sondern als dem unterstützten Unternehmen gleichgeordneter Teilnehmer am Wirtschaftsleben.

Für das Verhältnis von Unternehmen innerhalb der anderen Gruppen und solcher verschiedener Gruppen zueinander lassen sich allgemeine Regeln nicht aufstellen. Je weniger Verwandtschaft die betreffenden Tätigkeiten aufweisen, um so eher wird auch eine Unterstützung im Wettbewerbskampf als unlauter angesehen werden müssen. Es kommt auch sehr auf den wirtschaftlichen Inhalt der Tätigkeit an. Es wäre verfehlt, hier starre Regeln aufstellen zu wollen, die der großen Mannigfaltigkeit der Umstände des Einzelfalls doch nicht gerecht werden könnten. Die Auffassung *Siglochs*[427], der die Hilfe durch alle Behörden, die mit der Unternehmensverwaltung nicht organisatorisch verbunden sind, als Wettbewerbsmißbrauch ansieht, ist aber zu weit.

c) Mehrere Beteiligte

An den besonderen Wettbewerbsverstößen der öffentlichen Hand sind also häufig zwei verschiedene Behörden oder Stellen beteiligt: das Unternehmen selbst, dessen Wettbewerb gefördert wird, und die Stelle, von der die Begünstigung ausgeht. Die Maßnahmen, aus deren Gesamtheit ein unlauterer Wettbewerbsvorsprung für die öffentliche Hand resultiert, können dabei teilweise dem privaten und teilweise dem öffentlichen Recht angehören, dann nämlich, wenn das Unternehmen der öffentlichen Hand privatrechtlich organisiert ist, die unterstützende Behörde aber öffentliche Gewalt ausübt. Erst durch ein bewußtes Zusammenwirken privatrechtlicher und hoheitlicher Tätigkeit erlangt die öffentliche Hand dann einen rechtswidrigen Vorteil im Wettbewerb. Die der privatrechtlichen Betätigung zuteil werdende Förderung von hoher Hand kommt erst durch eine dem bürgerlich-rechtlichen Betrieb zugehörige Handlung zur Geltung. Solche privatrechtlichen Hand-

[427] Die Unternehmen der öffentlichen Hand, S. 189.

lungen, ohne welche die unlautere hoheitliche Förderungsmaßnahme nicht wirksam wird, kann in einer Bitte an die hoheitlich handelnde Behörde um Unterstützung im Wettbewerb bestehen oder in der tatsächlichen Inanspruchnahme eines gebotenen rechtswidrigen Vorteils. In solchen Fällen sind alle Handlungen unlauter, die dazu dienen, den unerlaubten Wettbewerbsvorteil wahrzunehmen, und zwar auch solche Teilakte, die für sich betrachtet nicht als rechtswidrig erscheinen.

Das RG[428] hat daher zutreffend schon in dem Ersuchen einer öffentlichrechtlichen Feuerversicherungsanstalt an einen Landrat um Veröffentlichung eines werbenden Hinweises eine unlautere Wettbewerbshandlung erblickt. Eine Wettbewerbshandlung braucht nicht äußerlich hervorzutreten. In dem vom OLG München[429] entschiedenen Fall über die Anfrage des städtischen Bestattungsamts bei den öffentlichen Krankenanstalten nach Sterbefällen ist jedenfalls die Verwertung der erlangten Kenntnisse für den städtischen Bestattungsbetrieb eine Wettbewerbshandlung, wenn man bei der Anfrage selbst die Wettbewerbsabsicht verneint, weil der Wettbewerbszweck im Hintergrund steht. Sittenwidrig wäre aber darüber hinaus auch der Geschäftsabschluß mit jenen Personen, die durch die mißbräuchliche Benutzung des amtlichen Materials geworben wurden.

d) Überblick über die Einzeltatbestände

Die der öffentlichen Hand eigentümlichen Wettbewerbsverstöße lassen sich in folgender Weise aufgliedern:

I. Wettbewerb durch Zwang und Irreführung (Autoritätsmißbrauch i. w. S.)

1. Mißbrauch von Anordnungsbefugnissen

Die Befugnis zu obrigkeitlichen Anordnungen, wie insbesondere Verwaltungsakten und innerdienstlichen Weisungen, ist für die juristischen Personen des öffentlichen Rechts typisch. Mißbrauchen sie diese Zwangsbefugnisse zum Wettbewerb, so handeln sie regelmäßig sittenwidrig. (Beispiele: Polizeiverfügung, daß der Abbruch eines baufälligen Hauses durch das städtische Unternehmen zu erfolgen hat; Anordnung einer Schulleitung, daß der gesamte Schulbedarf nur bei öffentlichen Unternehmen bezogen werden darf)

[428] JW 1927, 1071.

[429] WRP 1956, 15.

2. Mißbrauch rechtlicher oder tatsächlicher Abhängigkeit

   Während in Fall 1 den Dritten unmittelbar anbefohlen wird, Abnehmer eines öffentlichen Unternehmens zu werden, sollen hier in Aussicht gestellte Vor- oder Nachteile die Entscheidung beeinflussen. (Beispiele: Baugenehmigung wird rascher erteilt, wenn der Baukredit von der städtischen Sparkasse bezogen wird; ein Elektrizitätswerk macht die Stromlieferung davon abhängig, daß Elektrogeräte bei ihm bezogen werden)

3. Mißbrauch von Vertrauensstellungen

   Autoritätsmißbrauch kann auch dann vorliegen, wenn der Abnehmer keinem behördlichen Zwang ausgesetzt wird. (Beispiele: Landrat wirbt für öffentliche Versicherung; Fremdenverkehrsamt empfiehlt auf Anfragen einseitig staatliche Hotels)

4. Ausnutzung amtlicher Symbole, Titel und Bezeichnungen im Wettbewerb

5. Unsachliche Werbung (z. B. durch Hinweis auf Steuererleichterungen, Appell an den Bürgersinn)

II. Behinderungswettbewerb

   Verwaltungs- und Anordnungsbefugnisse werden zur Behinderung des privaten Mitbewerbers mißbraucht. Richtet sich in den Fällen Nr. I 1 der Machtmißbrauch gegen die Abnehmer, so hier unmittelbar gegen den Konkurrenten

III. Ausnutzung amtlicher Beziehungen zum Wettbewerb
   (Beispiel: städtisches Bestattungsamt geht Bürger, die Sterbefälle anmelden, um Aufträge an)

IV. Ausnutzung amtlich erlangter Kenntnisse und Geheimnisse

V. Preisunterbietung durch Einsatz öffentlicher Mittel

VI. Mißbrauch von Monopolstellungen, die auf der Eigenschaft der öffentlichen Hand als Verwaltungsträger beruhen

Die aufgeführten, nur bei der öffentlichen Hand vorkommenden Wettbewerbsverstöße dürfen nicht zu der Meinung führen, es handle sich hierbei um Besonderheiten, die zu den im privaten Bereich vorkommenden Verstößen im Wettbewerb in keiner Beziehung stünden. Das ist keineswegs der Fall. Die besonderen Wettbewerbsverletzungen der öffentlichen Hand sind nur Anwendungsfälle und Abwandlungen der Rechtssätze, die Lehre und Rechtsprechung zu § 1 UWG entwickelt haben.

So ist der unter I aufgeführte Wettbewerb durch Zwang und Irreführung nicht nur den juristischen Personen des öffentlichen Rechts, sondern ganz allgemein untersagt[430]. Das gleiche gilt von einer Behinderung des Mitbewerbers durch Zwang[431]. Die Ausnutzung amtlicher Beziehung steht dem Fall des sog. »Anreißens« nahe[432]. Ähnlich, wie es sittenwidrig ist, die Kundenliste eines Mitbewerbers an sich zu bringen und im eigenen Geschäft zu verwerten[433], gilt das auch für amtlich erlangte Anschriftenbestände. In Fall III besteht eine Verwandtschaft mit dem Tatbestand des § 17 Abs. 2 UWG. Die unter IV aufgeführte Preisunterbietung ist aus ähnlichen Gründen unlauter, wie wenn sie durch Rechtsbruch erfolgt wäre[434].

Die der öffentlichen Hand eigenen Wettbewerbsverstöße sind nur in ihrer besonderen Gestalt Eigentümlichkeiten der juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Insoweit ist allerdings ihre Hervorhebung berechtigt. Daneben können aber auch bei öffentlichen Unternehmen die gleichen unlauteren Handlungen vorkommen wie bei Privatunternehmen.

3. Allgemeine Wettbewerbsverstöße der öffentlichen Hand

Nimmt die öffentliche Hand eine Wettbewerbshandlung vor, die auch bei privaten Unternehmen vorkommen könnte, so stellt sich die Frage, ob die Zulässigkeit eines solchen Verhaltens der gleichen oder einer anderen (strengeren oder milderen) Beurteilung wie bei diesen unterliegt.

a) Grundsätzlich keine Bevorzugung der öffentlichen Hand

Es besteht insoweit Einigkeit, daß für die öffentliche Hand im Wettbewerb jedenfalls keine geringeren Anforderungen als für die privaten Unternehmen gelten. Ein Wettbewerbsverhalten, das Privatunternehmen untersagt ist, ist grundsätzlich auch öffentlichen Unternehmen verboten. Eine Bevorzugung der öffentlichen Hand müßte auf die Dauer zu einem Übergewicht öffentlicher Unternehmen und zu einer Zurückdrängung der privaten Wirtschaft führen, die nicht durch eine bessere Leistung der öffentlichen Hand gerechtfertigt wäre[435].

---

[430] GA, Gutachten 4/1953; *Baumbach-Hefermehl,* § 1 UWG Anm. 5, 48–50, 100.

[431] *Baumbach-Hefermehl,* a.a.O., Anm. 104.

[432] Vgl. dazu *Baumbach-Hefermehl,* a.a.O., Anm. 51.

[433] *Baumbach-Hefermehl,* a.a.O., Anm. 262.

[434] *Baumbach-Hefermehl,* a.a.O., Anm. 157.

[435] *Mang-Förg,* Verwaltungsrecht in Bayern, Bd. II, S. 328; *Baumbach-Hefermehl,* a.a.O., Allg., Anm. 97.

So ist z. B. auch eine öffentliche Versicherung an die Wettbewerbsregeln gebunden, die private Versicherungsunternehmen vereinbart haben, um dadurch ein nach den guten Sitten im Wettbewerb gebotenes Verhalten festzulegen[436]. Eine öffentliche Versicherungsanstalt darf keine Bezeichnung führen, die mit der einer gleichartigen Privatversicherung verwechslungsfähig ist (§ 16 UWG)[437]. Auch hinsichtlich unwahrer Werbung steht die öffentliche Hand einer Privatperson gleich[438]. Ein städtisches Plakatierungsunternehmen handelt unlauter, wenn es planmäßig Reklametafeln in geringem Abstand von Hausmauern aufstellt, um deren Ausnutzung durch private Konkurrenzunternehmen unmöglich zu machen, auch wenn sie sich auf eine Erlaubnis zur Benutzung des städtischen Straßengrundes stützen kann[439]; es liegt unzulässiger Behinderungswettbewerb vor[440]. Wenn Krankenkassenverbände mit den Verbänden der Augenoptiker vereinbart haben, Brillenverordnungen für Kassenmitglieder nur dann zur Ausführung anzunehmen, wenn sie von den Krankenkassen abgestempelt worden sind, so ist auch eine Ortskrankenkasse selbst an die Vereinbarung gebunden, wenn sie eine Verkaufsstelle für Brillen betreibt, und darf Brillen nicht ohne Abstempelung abgeben. Andernfalls erlangte sie einen Vorteil, der nicht auf ihrer eigenen Leistung beruhte[441]. Auch der BGH[442] betont ganz allgemein, daß die Rechtspflichten der öffentlichen Hand nicht geringer als die Privater seien.

b) Strengere Anforderungen im Wettbewerb?

Umstritten ist dagegen, ob an das Wettbewerbsverhalten der öffentlichen Hand strengere Maßstäbe anzulegen sind als an ein gleiches Verhalten von Privatunternehmen, ob sich also aus der Generalklausel der guten Sitten

---

[436] RGZ 132, 296 mit krit. Anm. von *Zimbler*, JW 1931, 3213.

[437] RG MuW XIX, 344.

[438] RG MuW XXX, 367.

[439] OGH Wien in JW 1929, 1617 mit Anm. von *E. v. Hoffmannsthal*. Ob jemand öffentlich-rechtlich zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen befugt oder sogar verpflichtet ist, berührt denjenigen nicht, demgegenüber sich das Verhalten als unlauterer Wettbewerb darstellt: *Rosenthal*, Wettbewerbsgesetz, § 1, Note 25.

[440] Behinderung durch körperlichen Zwang (vgl. dazu *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG, Anm. 104), wohl auch eine Abart der Absatzbehinderung (*Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Anm. 133).

[441] Gutachten d. Zentr. z. Bek. d. unlauteren Wettbewerbs, Wettb. 1950, Nr. 6, S. 4.

[442] BGHZ 9, 376.

besondere Pflichten für die öffentliche Hand herleiten lassen[443]. Dabei sind drei Fragenkreise auseinanderzuhalten, nämlich 1. ob Wettbewerbshandlungen für die öffentliche Hand untersagt sind, die bei Privatunternehmen wenn auch als bedenklich, so doch als noch zulässig zu gelten haben, 2. ob insbesondere ein Wettbewerbsverhalten der öffentlichen Hand dann unlauter ist, wenn dadurch Privatunternehmen geschädigt werden, 3. ob die öffentliche Hand bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung besonderen Beschränkungen der Vertragsfreiheit unterliegt.

aa) Ist in Grenzfällen zuungunsten öffentlicher Unternehmen zu entscheiden?

Strengere Anforderungen an die Wettbewerbshandlungen der öffentlichen Hand werden unter Hinweis auf ihre tatsächliche Überlegenheit über viele Privatunternehmen begründet. Um die Erfolgschancen im Wettbewerbskampf wieder aneinander anzugleichen, müsse die öffentliche Hand in ihrem Wettbewerb stärker beschränkt werden als private Unternehmen. Den Gerichten wird die Zurückdrängung der öffentlichen Hand damit als wirtschaftspolitische Aufgabe übertragen[444]. Außerdem verlange das Ansehen des Staates auch bei seiner eigenwirtschaftlichen Betätigung ein vorbildliches Verhalten, bedenkliche Wirtschaftspraktiken müßten unter seiner Würde liegen. Die öffentliche Hand müsse sich daher besondere Zurückhaltung auferlegen, um zu verhüten, auch nur den Anschein eines unlauteren Wettbewerbs zu erwecken. *Von Gamm*[445] bejaht eine strengere Beurteilung wegen eines fehlenden eigenen »privaten« Wirtschaftsinteresses.

Es trifft zu, daß öffentlichen Unternehmen in vielen, wenn auch nicht in allen Fällen wirtschaftliche Übermacht zukommt. Dann treten die Konkurrenten nicht unter gleichen Bedingungen zum Wettbewerbskampf an, sondern das öffentliche Unternehmen ist möglicherweise ein überlegener Gegner. Es ist aber zu bedenken, daß diese Sachlage keine Besonderheit des Wettbewerbs der öffentlichen Hand darstellt. Auch im Bereich der privaten Wirtschaft stehen Kleinbetriebe den Großunternehmen gegenüber. Sie nehmen dem kleineren Betrieb gegenüber eine ganz ähnliche Stellung ein wie manche

---

[443] Bejahend: *v. Gamm*, GRUR 1959, 303; *Nipperdey*, Stromsperre, S. 48/49; *Rosenthal*, JW 1931, 3214; Wettbewerbsgesetz, § 1, Note 24a; *Zetsche*, MuW XXVII/XXVIII, 41; *Götte*, a.a.O., S. 40, 51; *Kümmel*, a.a.O., S. 35; *Leidel*, a.a.O., S. 82; *Erckens*, a.a.O., S. 102; OLG München in WRP 1958, 51; verneinend: BGH in GRUR 1959, 244; *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Allg. Anm. 97; *Frentzel*, a.a.O., S. 26; *Sigloch*, a.a.O., S. 124; Strickrodt, S. 12, 18; wohl auch RGZ 132, 296; differenzierend: *Schwierholz*, a.a.O., S. 122; *Voigt*, a.a.O., S. 126 ff., 134 ff.

[444] So insbes. *Götte*, a.a.O.; *Leidel*, a.a.O., S. 82.

[445] a.a.O.

öffentliche Unternehmen: Auch hier finden sich eine große Kapitalkraft, erleichterte Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung durch Aktien, bessere Werbemöglichkeiten u. a. mehr. Die unterschiedliche wirtschaftliche Lage führt aber nicht dazu, daß ein und dieselbe Handlung bei beiden verschiedener Beurteilung unterliegt. Das Unlauterkeitsurteil über ein Wettbewerbsverhalten ist unabhängig von der Person seines Trägers[446]; denn das Sittengesetz ist für alle das gleiche. Unser Zivilrecht kennt keine »doppelte Moral« zum Nachteil öffentlicher Betätigung[447]. Das UWG eignet sich nicht zur Bekämpfung wirtschaftlicher Übermacht. Seine Möglichkeiten erschöpfen sich in der Überwachung der Gleichheit der Bedingungen im geschäftlichen Handeln, wobei die wirtschaftliche Ausgangslage unberücksichtigt bleibt[447a]. Es ist daher nicht möglich, die Vorzugsstellung, die manchen öffentlichen Unternehmen zukommt, durch eine stärkere Beschränkung der Freiheit im Wettbewerb auszugleichen, indem man sie strengeren Wettbewerbsregeln unterwirft.

Die Zurückdrängung der öffentlichen Wirtschaft, die in gewissem Umfang von der herrschenden volkswirtschaftlichen Lehrmeinung und natürlich auch aus den Kreisen der Privatwirtschaft gefordert wird, muß als wirtschaftspolitischer Gesichtspunkt bei der Prüfung der rechtlichen Zulässigkeit einer Wettbewerbshandlung außer Betracht bleiben. Würden die Gerichte mit dieser wirtschaftspolitischen Begründung eine Wettbewerbsmaßnahme für unzulässig erklären, so trieben sie Politik und verstießen gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung.

Die Annahme besonderer, strengerer Maßstäbe für das Wettbewerbsverhalten der öffentlichen Hand müßte überdies zu Rechtsunsicherheit führen. Würde sie aus der überlegenen Macht öffentlicher Unternehmen hergeleitet, so könnte sie nur dort Anwendung finden, wo eine solche überlegene Wirtschaftskraft tatsächlich vorliegt. Das wird oft schwer feststellbar sein. Aber auch die Grenze zwischen erlaubten und verbotenen Handlungen könnte nicht sicher gezogen werden. Soll der öffentlichen Hand etwa die Suggestivwerbung oder jede besonders wirksame Werbung oder die Reklame überhaupt untersagt sein[448]?

---

[446] *R. Isay*, JW 1930, 1779.

[447] *Zeidler*, VVDSt. 19, 208, 234; vgl. auch *Brenner*, BB 1962, 727.

[447a] Bedenklich BGH in BB 1964, 54.

[448] Eine Werbung ist nicht schon deshalb unlauter, weil sie den Mitbewerber wegen des Erfolgs und des Vorsprungs, den sie dem Werbenden verschafft, unangenehm ist: RG in GRUR 1938, 209; BGH in GRUR 1956, 223.

Bei der Würdigung eines Wettbewerbsverhaltens sind zwar die Gesamtumstände heranzuziehen[449]. Doch können dabei nur diejenigen Tatsachen von Erheblichkeit sein, die mit dem Grund des Umwerturteils irgendwie zusammenhängen, die betreffende Handlung also in bestimmtem Licht erscheinen lassen. Die Person des Handelnden ist aber von der Handlung selbst zu trennen.

Eine bloß scheinbare Ausnahme liegt dann vor, wenn die Person des Wettbewerbers den Charakter der Handlung selbst beeinflußt. So kann eine Werbeübertreibung, die bei den meisten Privatunternehmen als solche erkannt wird und deshalb nicht zu beanstanden ist, bei einem öffentlichen Unternehmen unlauter sein, wenn sie wegen des besonderen Vertrauens, das dieses genießt, glaubwürdig erscheint und deshalb wörtlich genommen wird[450]. Hier liegt aber kein Fall vor, wo für das öffentliche Unternehmen seiner Rechtsnatur wegen besondere Regeln gälten.

Strengere Anforderungen an den Wettbewerb der öffentlichen Hand lassen sich auch nicht damit begründen, ihr Verhalten im Wettbewerb müsse für die Privatwirtschaft vorbildlich sein. Das ist zweifellos ein berechtigter Wunsch, aber noch kein Rechtssatz. Eine Handlung ist noch nicht sittenwidrig, die nicht als nachahmenswert erscheint. Gesteigerte Wettbewerbspflichten der öffentlichen Hand müßten dazu führen, daß öffentliche Unternehmen bei gleicher Leistungsfähigkeit vielleicht sogar ins Hintertreffen geraten könnten, weil ihnen z. B. bestimmte, sehr effektive Werbemöglichkeiten versagt wären, die der privaten Konkurrenz offenstünden. Aber warum sollte z. B. das Volkswagenwerk — in seiner früheren Form als Staatsbetrieb oder seiner jetzigen als gemischtwirtschaftliches Unternehmen — nicht genauso werben dürfen wie seine privaten Mitbewerber?

Auch die Auffassung, die öffentliche Hand verfolge kein berechtigtes eigenes Wirtschaftsinteresse und müsse sich daher stärkere Beschränkungen gefallen lassen, ist nicht berechtigt. Das gilt jedenfalls nicht für den Bereich der Daseinsvorsorge, wo ein öffentliches Interesse an der Leistungsvermittlung besteht. Die von *Köttgen*[451] aufgeworfene Frage, ob die Daseinsvorsorge Bedarf provozieren und sich zu diesem Zweck privatwirtschaftlicher

---

[449] *Tetzner*, a.a.O., § 1, Anm. 47; *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., UWG Einl., Anm. 65.

[450] Werbungen bekannter angesehener Unternehmer sieht der Verkehr heute grundsätzlich als ernst an: *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 3 UWG, Anm. 22, 23 unter a).

[451] Gemeindliche Daseinsvorsorge, S. 66.

Werbemethoden bedienen dürfe, ist zu bejahen. Da die Daseinsvorsorge öffentliche Aufgaben durch die Teilnahme am Wirtschaftsleben erfüllt, darf sie sich der für alle zulässigen Geschäftsmethoden bedienen, sofern sie etwaige besondere gesetzliche Schranken, z. B. Art. 75 Abs. 4 GO bezüglich der grundsätzlichen Beschränkung gemeindlicher Unternehmen auf das Gemeindegebiet, einhält.

Aber auch auf dem erwerbswirtschaftlichen Sektor hat die öffentliche Hand die Pflicht und auch das Recht zu wirtschaftlicher Verwaltung der einmal bei ihr vereinigten Unternehmen. Jedes Unternehmen, das im wirtschaftlichen Wettbewerb steht, kann sich den dort herrschenden Gesetzen nicht entziehen, oder es erleidet Einbußen und erliegt schließlich der Konkurrenz. Bejaht man überhaupt die Zulässigkeit der vorhandenen Wirtschaftsunternehmen der öffentlichen Hand, so muß man sie auch vollberechtigt am Wirtschaftsleben teilnehmen lassen. Eine Diskriminierung öffentlicher Unternehmen verbietet sich schon, um eine Verschleuderung öffentlichen Vermögens zu vermeiden. Auch das öffentliche Unternehmen stellt als eine von Privatunternehmen nicht notwendig verschiedene Organisation ein verkörpertes Geistesgut dar[452], das selbst vom Standpunkt der Gegner der öffentlichen Wirtschaft insoweit schutzwürdig ist, als es zur Privatisierung geeignet ist. Strengere Maßstäbe für das Verhalten der öffentlichen Hand im Wettbewerb können daher nicht generell angenommen werden.

bb) Schädigung privater Unternehmen durch die öffentliche Wirtschaft

Nach einer anderen Auffassung ist der öffentlichen Hand ein Wettbewerb untersagt, wenn er sich für Privatunternehmen schädigend auswirkt. So führt *Kümmel*[453] aus, eine Gemeinde habe den Zweck, die Wohlfahrt des Ganzen zu fördern, wozu auch gehöre, daß sie für die wirtschaftliche Erhaltung und Stärkung aller von der Volksmeinung für volkswirtschaftlich bedeutungsvoll angesehenen Wirtschaftsgruppen sorge. Da die Geschäftsführung der gemeindlichen Werke Bestandteil der allgemeinen Kommunalpolitik sei, ergäben sich für die Gemeinden besondere Verpflichtungen für ihren Wettbewerb. Handle die Betriebsleitung diesen zuwider, so könne ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegen. So sei die Schwächung der privaten Konkurrenz in größerem Ausmaß sittenwidrig, denn die Verwaltung müsse ihren Wettbewerb so einrichten, daß Glieder der Gemeinde nicht unangemessen darunter litten.

---

[452] Vgl. *Hubmann*, ZHR 117, 45.

[453] a.a.O., S. 36; *Nipperdey*, Stromsperre, S. 48; *Götte*, a.a.O., S. 51; a.A. *W. Voigt*, a.a.O., S. 128 ff.

Diese Grundsätze sollen auch für andere öffentlich-rechtliche Körperschaften als Gemeinden gelten[454]. Nach Auffassung des OLG München[455] kann eine Beeinträchtigung privater Unternehmen auch dann unlauteren Wettbewerb darstellen, wenn die Vernichtungsabsicht fehlt.

Der Leistungswettbewerb zwischen Privatunternehmen wird nicht dadurch unlauter, daß er zu einer Beeinträchtigung, Schädigung oder gar Vernichtung des Mitbewerbers führt[456]. Der Grundsatz des freien Wettbewerbs bringt es mit sich, daß das leistungsfähigere Unternehmen über das weniger erfolgreiche obsiegt. Die Unzulässigkeit des sog. Vernichtungswettbewerbs[457] macht von diesem Grundsatz keine Ausnahme. Unlauter ist eine Wettbewerbshandlung nur dann, wenn sie von der Absicht getragen ist, den Gegner zu vernichten, die Handlung also unmittelbar eine Richtung gegen diesen genommen hat. Dabei kommt es auf eine bereits erfolgte Beeinträchtigung des Mitbewerbers aber nicht an[458], es genügt die Absicht der Vernichtung. Einen Vernichtungswettbewerb ohne Vernichtungsabsicht kann es daher nicht geben. Für den Vernichtungswettbewerb sind gerade die Folgen gleichgültig, die Absicht aber notwendig. Wollte man aber die bloße Eignung einer Wettbewerbsmaßnahme zur Schädigung anderer ausreichen lassen, so fiele darunter schon jede Unterbietung der Preise, da diese eine solche Eignung aufweist. Dann wäre den öffentlichen Unternehmen überhaupt jeder Wettbewerb untersagt, was eine kaum annehmbare Folge darstellte. Auch nach der Auffassung *Nipperdeys*[459] hat eine Schädigung eines Mitbewerbers nur Bedeutung für die Erkenntnis der Unlauterkeit eines Verhaltens, wenn sie Folge eines Behinderungswettbewerbs ist. Man kann aber die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand nicht schlechthin als Behinderungswettbewerb auffassen.

Leitet man dagegen besondere Schutz- und Fürsorgepflichten der öffentlichen Hand gegenüber Privatunternehmen aus der Aufgabe öffentlicher Gemeinwesen her, die Interessen ihrer Mitglieder zu fördern oder doch nicht zu beeinträchtigen, so können solche Sonderpflichten nur den Angehörigen

---

[454] Im gleichen Sinn *v. Gamm*, GRUR 1959, 303.

[455] WRP 1958, 51.

[456] *Nipperdey*, Wettbewerb und Existenzvernichtung, S. 16/17; *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Allg., Anm. 15/16.

[457] *Nipperdey*, a.a.O., S. 18; *Tetzner*, a.a.O., § 1, Anm. 41; *Baumbach-Hefermehl*, UWG, Einl., Anm. 63.

[458] Der Erfolg ist für die Zulässigkeit einer Wettbewerbshandlung gleichgültig: *Tetzner*, a.a.O., § 1, Anm. 31 m. Nachw.

[459] a.a.O., S. 23.

der betreffenden Körperschaft, nicht aber Außenstehenden gegenüber bestehen. Es müßte also zwischen den in verschiedenen Gemeinden und Bundesstaaten Ansässigen, zwischen In- und Ausländern differenziert werden. Nach dem UWG sind aber alle Wettbewerber gleich zu behandeln. Derartige Fürsorgepflichten beruhten auf der personenrechtlichen Beziehung zu den Gemeinwesen und müßten von den allgemeinen Handlungspflichten des UWG, die gegen jedermann bestehen, unterschieden werden. Unlauterer Wettbewerb läge bei einer Verletzung solcher Pflichten genausowenig vor wie bei einer Genossenschaft, die ihre Mitglieder durch ihren Leistungswettbewerb schädigte und dabei gegen ihren satzungsmäßigen Zweck verstieße. Auch dadurch würden nur gemeinschaftsrechtliche Pflichten verletzt, keine wettbewerblichen[460]. Besondere Pflichten der Gemeinwesen gegenüber Privatunternehmen können nur dem öffentlichen Recht angehören, weil sie aus der öffentlich-rechtlichen Aufgabe der Gemeinwesen hergeleitet würden. Aus öffentlich-rechtlichen Aufgaben können aber bürgerlich-rechtliche Ansprüche nicht hervorgehen, wie *Nipperdey*[461] in anderem Zusammenhang zutreffend darlegt. Aber auch öffentlich-rechtliche Pflichten dürften nicht verletzt sein, soweit nicht ausdrückliche Vorschriften der Gemeindeordnungen eingreifen. Die öffentlich-rechtliche Aufgabe, für den Gedeih der Privatwirtschaft zu sorgen, hat sich nicht zu Rechtspflichten verdichtet. Selbst wenn man dies annähme, könnte es sich nur um Rechtsreflexe, nicht um subjektive Rechte handeln, auf deren Wahrung die Privatunternehmen einen Anspruch haben können. Sonst müßte jedem Bürger, nicht nur den Gewerbetreibenden, ein Anspruch gegen den Staat zugestanden werden, für ihn nachteilige Verwaltungsmaßnahmen zu unterlassen oder ihn für Einbußen zu entschädigen.

Dagegen ist zu erwägen, ob verfassungsrechtliche, namentlich grundrechtliche Gesichtspunkte dazu führen, in einer Schädigung von Privatunternehmen durch die öffentliche Hand im Wege des Wettbewerbs einen Unlauterkeitstatbestand zu erblicken. Nach der Rechtsprechung des BVerfG [462] wirken die in den Grundrechten getroffenen verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen auf den Inhalt der Generalklauseln des bürgerlichen Rechts ein. Hätte der Verfassungsgeber der Privatwirtschaft in Art. 2 GG einen besonderen Schutz gegen die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand gewährt, so müßte diesem Umstand bei der Auslegung des § 1 UWG Rechnung getragen wer-

[460] Weil kein Verstoß gegen eine par conditio vorliegt; vgl. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG, Anm. 260.

[461] Stromsperre, S. 23.

[462] BVG 7, 204 (Lüth); vgl. BGH 19, 392 (Anzeigenblatt); *Kraft*, WRP 1961, 95.

den. Aus Art. 2 GG kann aber nicht entnommen werden, daß die Schädigung eines Unternehmens, die sich als Folge des Leistungswettbewerbs einstellt, unzulässig sei. Art. 2 GG verleiht dem einzelnen auch in Verbindung mit § 1 UWG kein Recht gegen die die Wettbewerbsvorschriften beachtende wirtschaftliche Betätigung Privater oder der öffentlichen Hand. Die Schmälerung des Wirtschaftserfolges tastet die Unternehmensfreiheit noch nicht an. Nur wenn die Unternehmensfreiheit als Institution gefährdet würde, müßte der Wettbewerb der öffentlichen Hand als unlauter gelten. Eine Wettbewerbshandlung ist nicht mehr sittlich neutral, wenn sie zu einer Gefährdung oder erheblichen Störung der Volkswirtschaft führen muß[463]. Es könnte dann auch aus Art. 15 GG das Verbot einer »kalten Sozialisierung« entnommen werden[464].

Es fragt sich weiter, ob aus Art. 153 BV, demzufolge selbständige Kleinbetriebe und Mittelstandsbetriebe in Landwirtschaft, Handwerk, Handel, Gewerbe und Industrie in der Gesetzgebung und Verwaltung zu fördern und gegen Überlastung und Aufsaugung zu schützen sind, gefolgert werden kann, daß ein die dort besonders geschützten Privatunternehmen schädigender Wettbewerb der öffentlichen Hand unlauter ist. Die Bestimmung könnte als Ausdruck einer bestimmten Wertordnung auf den Begriff der guten Sitten einwirken und dadurch die öffentliche Hand in ihrem Wettbewerb binden. *Nipperdey*[465] und *Götte*[466] nahmen für den sachlich übereinstimmenden Art. 164 WRV trotz dessen Eigenschaft als bloßes legislatorisches Programm eine Bindung der öffentlichen Hand an die darin zum Ausdruck gekommenen Grundsätze an, weil sonst der Verwirklichung des Programmsatzes geradezu entgegengewirkt würde. Art. 164 WRV ist jedoch nicht mehr gültig[467]. Für Art. 153 BV muß aber eine Bestimmung des Inhalts der guten Sitten im Wettbewerb der öffentlichen Hand verneint werden, weil die Vorschrift nicht den Inhalt der bundesrechtlichen Norm des § 1 UWG beeinflußt haben kann. Der Inhalt ranghöherer Normen kann sich nicht aus einer rangtieferen Norm ergeben[468].

Für die einen öffentlichen Zweck verfolgende privatrechtliche Leistungstätigkeit der öffentlichen Hand wurde oben das Bestehen besonderer öffent-

---

[463] *Tetzner*, a.a.O., § 1, Anm. 37, Fußnote 41.

[464] *Torz*, DÖV 1958, 205.

[465] Stromsperre, S. 49.

[466] a.a.O., S. 51.

[467] *Maunz*, Deutsches Staatsrecht, S. 40.

[468] Bay.VfGH in VGH n. F. 7 II 66.

lich-rechtlicher Bindungen, namentlich die unmittelbare Maßgeblichkeit der Grundrechte, angenommen. Diese besonderen Bindungen bestehen zum Schutz derjenigen, für die die dargebotene Leistung bestimmt ist; denn nur ihnen gegenüber wird eine öffentliche Aufgabe erfüllt. Die besonderen öffentlich-rechtlichen Bindungen sind das Korrelat der öffentlichen Aufgabenerfüllung. Da die Unternehmen der Daseinsvorsorge öffentliche Aufgaben nicht auch den Mitbewerbern gegenüber zu erfüllen haben, haben sie diesen gegenüber auch keine besonderen über die Normen des Wettbewerbsrechts hinausgehenden Schranken zu beachten.

Selbst vom Standpunkt der Lehre aus, die eine Bindung des Staates an die Grundrechte auch dann bejaht, wenn er sich als Fiskus betätigt, kann die erwerbswirtschaftlich-fiskalische Betätigung im Wettbewerb nicht an strengere Regeln gebunden werden; denn wie *Zeidler*[469] bemerkt, wird die prinzipielle Bindung aller staatlichen Tätigkeit an Grundrechte modifiziert durch die spezielle verfassungsrechtliche Erlaubnis, in bestimmtem Rahmen nach den Strukturprinzipien der freien Wirtschaft handeln zu dürfen. Da die Verfassung grundsätzlich die erwerbswirtschaftliche Betätigung erlaubt, kann sie nicht Schranken enthalten, die eine solche Tätigkeit in toto verhindern. Eine Verhinderung wäre auch anzunehmen, wenn die öffentliche Wirtschaft sich nicht im freien Leistungswettbewerb gegen private Konkurrenzunternehmen durchsetzen dürfte.

Im übrigen muß auch hier gelten, daß einem Unternehmen der öffentlichen Hand der echte Leistungswettbewerb nicht versagt werden kann, selbst wenn die Schädigung weniger leistungsfähiger Unternehmen die Folge ist[470]. Müßte sich die öffentliche Hand nach ihrem schlechtesten Mitbewerber ausrichten, um diesen nicht zu schädigen, so zwänge man sie dadurch zu unwirtschaftlichem Verhalten und zur Vergeudung öffentlicher Mittel. Es kann einem öffentlichen Unternehmen nicht gut durch Unterlassungsklage verboten werden, seine Waren oder Leistungen preiswerter und von besserer Qualität auf den Markt zu bringen, wenn es dazu auf Grund größerer Leistungsfähigkeit in der Lage ist. Auf dem gleichen Standpunkt stand auch das RG[471], das die Klage eines Kleinbahnunternehmers auf der Insel Sylt gegen die Reichsbahn abgewiesen hat, mit der dieser sich gegen die erdrückende öffentliche Konkurrenz wehrte, die ihm durch die Errichtung einer Nebenstrecke der Reichsbahn

---

[469] Zutr. *Neff*, Zeitschrift für Kommunalwirtschaft 1927, 1575; *W. Voigt*, a.a.O., S. 126, 131.

[470] VVDSt. 19, 232.

[471] RGZ 126, 93.

entstanden war. Unlauteren Wettbewerb hat das RG[472] auch verneint, als eine von einer privaten Kraftfahrzeuglinie betriebene Strecke anläßlich eines Festes auch von der Reichspost befahren wurde.

Es darf auch nicht übersehen werden, daß die öffentlichen Unternehmen keineswegs eine gleichartige Masse darstellen, für die unbedenklich dieselbe Stellung im Wettbewerb im Verhältnis zur Privatwirtschaft angenommen werden kann. Viele öffentliche Unternehmen, namentlich wenn sie in der Form einer handelsrechtlichen Gesellschaft organisiert sind, sind selbständig und genießen keine staatliche Unterstützung, die über die anderen Unternehmen gewährte hinausginge. Sie stehen daher der Privatwirtschaft auch nicht als Machtfaktoren gegenüber, deren Stellung durch wirtschaftsfremde Momente, sondern höchstens durch eigene Kapitalkraft und Leistungsfähigkeit bestimmt wird. Eine schematische Behandlung der Unternehmen der öffentlichen Hand ist daher nicht angebracht. Im Verhältnis von Großunternehmen des Staates zu solchen in Privathand besteht kein Bedürfnis für besondere Schutzpflichten zugunsten der Privatunternehmen, da die Machtpositionen in der Regel ausgeglichen sind. Auch aus der öffentlich-rechtlichen Aufgabe des Staats zur Wirtschaftsförderung läßt sich hier keine Verpflichtung der öffentlichen Unternehmen herleiten, Schädigungen privater Konkurrenz unter allen Umständen zu vermeiden, wo sie Folge des Leistungswettbewerbs sind.

Etwas anderes gilt für die gemeindliche Ebene in Bayern kraft besonderer gesetzlicher Regelung durch Art. 75 Abs. 2 GO. Diese Vorschrift stellt, wie oben schon dargelegt, ein Schutzgesetz zugunsten privater Unternehmer dar, dessen Einhaltung mit der vorbeugenden Unterlassungsklage verlangt werden kann. Es liegt hier aber kein Fall unlauteren, sondern lediglich ungesetzlichen Wettbewerbs vor. Auch dieses Aufsaugungsverbot ist wegen der Einengung des Leistungswettbewerbs wirtschaftspolitisch nicht unbedenklich[473].

cc) Beschränkungen der Vertragsfreiheit im Wettbewerb?

Die Vertreter der Auffassung, für den Wettbewerb der öffentlichen Hand gälten generell strengere Maßstäbe, folgern aus diesem Grundsatz auch Einschränkungen der Vertragsfreiheit der Fiskalsubjekte. Fälle dieser Art werden im Schrifttum[474] unter dem Stichwort »Monopolmißbrauch der öffentlichen Hand« behandelt. Es geht hier zunächst nur um die Untersuchung solcher

[472] RGZ 119, 435.

[473] Vgl. *Labs,* Verkehr und Technik 1953, 185.

[474] z. B. *Bernstein,* JW 1927, 1071; *Gütebier,* a.a.O., S. 44; *Leidel,* a.a.O., S. 82; *Voigt,* a.a.O., S. 134; *Rosenthal,* UWG § 1, Note 24a.

Monopole, die auch Privatunternehmen innehaben können. Auf öffentlich-rechtlicher Stellung beruhende Monopole werden im 2. Abschnitt behandelt.

Die Ausnutzung einer Monopolstellung, um dem Geschäftsgegner unangemessene Bedingungen aufzuerlegen mit dem Zweck, sich eigennützig zu bevorzugen[475], ist ganz allgemein sittenwidrig. Monopolunternehmen unterliegen dann einem Abschlußzwang, wenn bei Berücksichtigung aller Umstände durch die Weigerung für den Bewerber ein unzumutbarer Nachteil entstünde[476].

Die Auffassung, daß die öffentliche Hand darüber hinaus besondere Verpflichtungen zu tragen habe, wenn sie Monopolinhaberin sei, geht von der Rechtsprechung zum sog. Installationsmonopol aus. Nach der Rechtsprechung des RG handelt ein Elektrizitätswerk nicht sittenwidrig, wenn es nur solche Anlagen in Betrieb nimmt, die von besonders zugelassenen Installateuren ausgeführt worden sind; denn das Werk habe ein eigenes Interesse an guter und zuverlässiger Ausführung der Leitungen, weil Mängel auf seinen Betrieb störend einwirken könnten. Im Fall eines städtischen Eelektrizitätswerks, das nur solche Anlagen in Betrieb nahm, die von ihm selbst hergestellt waren oder wenigstens den Anschlußsuchenden besondere Vorteile gewährte, die die Einrichtung durch das Werk ausführen ließen, entschied das OLG Dresden[477] im Ergebnis zu Recht anders, begründete seine Entscheidung jedoch damit, daß ein Elektrizitätswerk, das im Eigentum der öffentlichen Hand stehe, besondere Pflichten im Wettbewerb habe. Es führt aus, es dürfe einer Stadtgemeinde nicht gleichgültig sein, ob eine Gruppe von Gewerbebetrieben durch das Verhalten der Stadt lahmgelegt würde. Das städtische Werk müsse seinen Wettbewerb so einrichten, daß Glieder der Stadt, die durch ihre Mittel mit zur Errichtung des Betriebs beigetragen hätten, nicht unangemessen darunter litten.

Aus welchen Mitteln das Elektrizitätswerk errichtet wurde, kann für die Zulässigkeit seines Verhaltens im Wettbewerb aber nicht maßgeblich sein, zumal sich diese Frage oft kaum wird klären lassen. Die Zulässigkeit der Maßnahme kann sich aber auch nicht danach richten, ob und in welcher Höhe ein öffentliches Gemeinwesen an dem Werk beteiligt ist, und zwar schon deshalb, weil diese Beteiligung schwanken kann, namentlich wenn es sich um eine AG handelt. Wie schon dargelegt, kann aber aus der Nichterfüllung

---

[475] Vgl. RGZ 143, 24; BGHZ 24, 150; *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG, Anm. 170, 171.

[476] *Nipperdey*, Stromsperre, S. 31.

[477] Zitiert bei *Bernstein*, JW 1927, 1071.

einer öffentlich-rechtlichen Fürsorgepflicht der Gemeinde gegenüber ihren Angehörigen ein Wettbewerbsverstoß nicht gefolgert werden. Dagegen kann eine Pflicht auf Grund der Benutzungsverhältnisse gegenüber den Beziehern von Elektrizität bestehen, dafür zu sorgen, daß diese durch unsachgemäße Anlagen nicht geschädigt werden[478].

Es hätte der Erwägungen des OLG Dresden auch nicht bedurft, da der völlige Ausschluß der privaten Installateure von der Errichtung von Anlagen durch den Zweck, das Werk vor Schäden zu bewahren, nicht gerechtfertigt sein kann. Eine eigennützige Absicht wäre insbesondere dann zu bejahen, wenn das Werk denjenigen Vorteile gewährte, die bei ihm arbeiten ließen. Nur dort, wo die Konzession von Installateuren erforderlich ist, um unzulängliche Arbeiten auszuschließen, liegt kein Monopolmißbrauch vor[479]. Hierbei gilt für Betriebe der öffentlichen Hand nichts anderes als für Privatunternehmen. Die Streitfrage ist heute für gemeindliche Elektrizitätswerke durch Art. 81 BayGO und die entsprechenden Vorschriften der anderen Länder erledigt, die das Installationsmonopol untersagen[480].

Über diese Sonderregelung hinaus ist ein besonderer Tatbestand des Monopolmißbrauchs, der nur auf die Person der öffentlichen Hand als Inhaber gegründet wird, abzulehnen. Schon in der älteren Literatur zum Kontrahierungszwang und Monopol spielt für die Bindung des Monopolinhabers dessen Persönlichkeit keine Rolle mehr, sondern nur die Monopolsituation[481]. Insbesondere kann ein Monopolmißbrauch nicht dort angenommen werden, wo die öffentliche Hand gar keine Monopolstellung innehat, sondern allenfalls erst gewinnen will[482]. Monopolmißbrauch ohne Monopolstellung wäre ein Widerspruch in sich.

IV. Die Rechtfertigung von Wettbewerbsverstößen im Hinblick auf die Verfolgung öffentlicher Interessen

Wie gezeigt wurde, ist jede Art von eigenwirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand grundsätzlich an die Regeln des lauteren Wettbewerbs

---

[478] Vgl. *Ascher*, LZ 1929, Sp. 1433; *W. Voigt*, a.a.O., S. 138.

[479] OLG Düsseldorf in JW 1929, 1807.

[480] *Eiser-Riederer*, Energiewirtschaftsrecht XI, S. 3, Anm. 2b.

[481] *Leisner*, Grundrechte, S. 211, Fußnote 33a (unter Verweisung auf *Biermann*, *Iherings* Jb. 32, 267 ff.).

[482] a. A. *Zetsche*, MuW XXVII/XXVIII, 41; dagegen *Meyer-Lülmann*, Sparkasse 1927, 415.

gebunden, wie sie im UWG zum Ausdruck kommen. Dabei ist gleichgültig, ob sie mit bürgerlich-rechtlichen oder hoheitlichen Mitteln durchgeführt wird.

Diese strenge Rechtsbindung ist bei der erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Betätigung unbedenklich. Hier darf die öffentliche Hand ihre öffentlich-rechtliche Vorzugsstellung in keinem Fall ins Treffen führen. Öffentliche Unternehmen und Privatbetriebe begegnen sich auf dem Boden völliger Gleichordnung, beide in Verfolgung ihrer Erwerbsabsichten. Wenn ein solches der Gewinnerzielung dienendes öffentliches Unternehmen öffentliche Belange verfolgt, z. B. sich in besonderem Maße der allgemeinen Wirtschafts- und Währungspolitik verbunden fühlt oder in sozialer Hinsicht vorbildlich sein will, so tut es das ohne rechtliche Verpflichtung mit der Möglichkeit jederzeitiger Änderung und daher ohne seinen Charakter als Erwerbsunternehmen zu verlieren. Denn auch Privatunternehmen steht es offen, aus einem Verantwortungsgefühl gegenüber der Gesamtheit heraus bei ihren Entschlüssen allgemeine Interessen zu berücksichtigen, was gerade bei Großunternehmen nicht selten der Fall ist. Eine Bevorzugung öffentlicher Unternehmen im Wettbewerb, weil sie vielleicht häufiger als Privatunternehmen öffentliche Ziele verfolgen, wäre nicht gerechtfertigt.

Dagegen tauchen Zweifelsfragen auf, wo die Verwaltung als Leistungsträger zu Privatunternehmen im Wettbewerb tritt. Die Betätigung im Wirtschaftsleben dient hier notwendig öffentlichen Interessen, einem öffentlichen Versorgungszweck.

Selbstverständlich können auch öffentliche Leistungsträger Wettbewerbshandlungen vornehmen, die mit ihrem öffentlichen Zweck nichts zu tun haben, sondern nur eigennützigen Belangen des Unternehmens dienen, z. B. der Gewinnabsicht. Auf solche Handlungen finden die Normen des UWG unbeschränkt Anwendung. Öffentliche Leistungsträger können aber auch Wettbewerbshandlungen vornehmen, die das ihnen übertragene öffentliche Interesse fördern sollen. Daß in solchen Fällen die Verfolgung eines öffentlichen Zwecks mit der Annahme einer Wettbewerbshandlung nicht unvereinbar ist, wurde schon dargelegt. Verstoßen öffentliche Leistungsträger bei Durchführung ihrer öffentlichen Aufgaben gegen die Regeln des UWG, so handeln auch sie grundsätzlich rechtswidrig.

Indessen sind aber Fälle denkbar, wo die Bindung der Daseinsvorsorge an das UWG die Handlungsmöglichkeiten so stark beschränken würde, daß wichtige Gemeinschaftsgüter Schaden leiden müßten. Manche öffentliche Zwecke, die durch öffentliche Leistungstätigkeit verwirklicht werden, können nur dann wirksam verfolgt werden, wenn die Körperschaft alle ihr zur Ver-

fügung stehenden Mittel und Möglichkeiten ohne Rücksicht auf Belange des Wettbewerbs zum Einsatz bringt. Die folgerichtige Anwendung der für die erwerbswirtschaftlich-fiskalische Betätigung geltenden Rechtssätze müßte dann zu bedenklichen Ergebnissen führen.

So würde z. B. das – später noch zu begründende – Verbot für die öffentliche Hand, die Preise privater Mitbewerber unter Heranziehung öffentlicher Mittel zu unterbieten, die Verfolgung sozialer, volksgesundheitlicher oder kultureller Zwecke oder solcher der Jugendförderung über Gebühr behindern. Es könnten dann z. B. keine Sozialtarife für die Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel mit Hilfe öffentlicher Zuschüsse gewährt werden, wenn das betreffende Verkehrsunternehmen im Wettbewerb mit einem Privatunternehmen stünde. Auch öffentliche Krankenhäuser oder Bäder dürften unter den gleichen Voraussetzungen konkurrierende Privatunternehmen nicht unterbieten, um diese Einrichtungen auch weniger begüterten Kreisen zugänglich zu machen. Die Subventionierung der Eintrittspreise für öffentliche Theater wäre untersagt, wenn dadurch die Preise günstiger als die vergleichbarer privater Unternehmen des Vergnügungsgewerbes ausfielen. Als unzulässig müßte auch der Betrieb eines Jugendheims gelten, das den Zweck hat, durch billige Übernachtungspreise das Jugendwandern zu fördern, weil dadurch dem privaten Beherbergungsgewerbe Gäste entzogen würden[483].

Ließe man aber umgekehrt solche von öffentlichen Interessen getragene Wettbewerbsmaßnahmen allgemein zu, so müßte das gleichermaßen zu bedenklichen Folgen führen. Nicht jeder öffentliche Zweck kann es rechtfertigen, daß sich ein öffentlicher Leistungsträger über den Grundsatz der gleichen Wettbewerbsbedingungen hinwegsetzt. Wenn z. B. die Verbreitung der Feuer-, Hagel- oder Tierversicherung durchaus im öffentlichen Interesse geschieht, weil dadurch die Katastrophenanfälligkeit der Landwirtschaft vermindert werden soll, so darf eine öffentliche Versicherung doch nicht den Apparat der Behörden der allgemeinen inneren Verwaltung in ihren Dienst stellen (von ausdrücklichen gesetzlichen Ausnahmen natürlich abgesehen), sofern private Versicherungen, die mit der öffentlichen in Wettbewerb stehen, den gleichen Zweck verfolgen[484]. Besonders bedenkliche Ergebnisse entstünden, wenn das Wettbewerbsverhalten öffentlicher Leistungsträger den Zusammenbruch eines privaten Unternehmens zur Folge hätte. Der Steuerfibelfall zeigte, daß die Herausnahme derartiger öffentlicher Wettbewerbsmaßnahmen aus dem Geltungsbereich des UWG (und den Normen des BGB)

[483] Vgl. RGZ 138, 176.
[484] RGZ 116, 28.

nicht vertretbar wäre. Wie *Ulmer*[485] darlegt, reichen die Prinzipien des UWG, die an der Auslese des Tüchtigsten orientiert sind, zur Entscheidung solcher Kollisionsfälle nicht aus. Die Normen des UWG bedürfen einer Korrektur.

1. Die Rechtslage bei bürgerlich-rechtlichen Wettbewerbsmaßnahmen

Die Rechtsprechung hatte kaum noch Gelegenheit, sich mit diesen angedeuteten Problemen zu befassen. Es bestand hierfür anscheinend wenig Anlaß, weil in den meisten Fällen der Kreis der Leistungsempfänger der öffentlichen Hand verhältnismäßig eng begrenzt war und als Kunden konkurrierender Privatunternehmen wirtschaftlich nicht in Betracht kam, so z. B. Jugendliche als Gäste des Beherbergungsgewerbes oder durch Fürsorgemaßnahmen Begünstigte wegen ihrer geringen Kaufkraft. Die praktische Bedeutung des Problems trat aber in dem vom KG[486] entschiedenen Steuerfibelfall zutage. Da hier der Interessentenkreis größer war, war auch die Beeinträchtigung des privaten Mitbewerbers entsprechend gesteigert; der sich deckende Kundenkreis bewirkte einen scharfen Wettbewerb. Das LG[487], das in der ersten Instanz zu einer Sachentscheidung gelangt war und einen Eingriff in das Recht am Unternehmen des privaten Verlags angenommen hatte, hatte eine Rechtfertigung der Unterbietung durch die öffentlich-rechtliche Fürsorgepflicht des Staats für die Steuerschuldner verneint.

Die Auffassungen im Schrifttum zu den angeschnittenen Fragen sind geteilt. *Ascher*[488] lehnt schon das tatbestandsmäßige Vorliegen eines Wettbewerbsverstoßes ab, indem er behauptet, in Verfolgung öffentlicher Zwecke und Ziele könne nicht sittenwidrig gehandelt werden. Die Verfolgung öffentlich-rechtlicher Ziele mit Mitteln des Privatrechts faßt er als öffentlich-rechtliche Tätigkeit »in privatrechtlicher Verkleidung« auf. Öffentlich-rechtliche Betätigung hebe aber die Sitten- und Rechtswidrigkeit auf. Der zivilrechtliche Begriff der Widerrechtlichkeit könne nicht auf öffentlich-rechtliche Handlungen angewendet werden, weil öffentlich-rechtliche Akte stets in gewissem Sinne »Gewaltakte« seien, die ihrer Natur nach das bürgerliche Sitten- und Rechtsmaß überschritten. Deshalb könne in diesen Fällen ein die Unterlassungsklage rechtfertigender Verstoß gegen § 1 UWG oder § 826 BGB nicht vorliegen.

---

[485] Sinnzusammenhänge, S. 17.

[486] GRUR 1957, 298.

[487] GRUR 1957, 298.

[488] LZ 1929, Sp. 1433, JR 1929, 89.

Mit diesem Ergebnis stimmt *W. Voigt*[489] überein. Eine überwiegend das öffentliche Interesse verfolgende Maßnahme gehöre überhaupt dem öffentlichen Recht an und unterliege nicht dem Maßstab der Sittenwidrigkeit, da schon der ordentliche Rechtsweg unzulässig sei.

Gütebier[490] hält dagegen an dem privatrechtlichen Charakter der Wettbewerbshandlungen fest. Er verneint jedoch deren Rechtswidrigkeit, soweit sich die öffentliche Hand mit der Maßnahme innerhalb des Bereichs zulässiger Intervention bewege. Es gebe bei der öffentlichen Verwaltung im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens eine Rechtfertigung durch den Zweck, wobei aber an das Ermessen strenge Anforderungen zu stellen seien. So hält er den Verkauf von Grabpflanzen durch eine städtische Friedhofsgärtnerei an Unterstützungsempfänger zu konkurrenzlos niedrigen Preisen unter Heranziehung öffentlicher Mittel für zulässig, auch wenn einzelne private Gärtner dadurch geschädigt würden. Eine Stadtgemeinde dürfe für ihr Schauspiel- und Opernhaus unter Einsatz der öffentlichen Autorität durch Reklame in Amtsräumen, Empfehlungen durch Beamte und Versendung von Einzeichnungslisten für Platzmiete an die Beamtenschaft werben, weil der Betrieb öffentlicher Theater zu den anerkannten kulturellen Aufgaben der Stadt gehöre, auch wenn dadurch die Besitzer von Lichtspielhäusern und Operettentheatern geschädigt würden. *Forsthoff*[491] sieht die Betriebe der Daseinsvorsorge als befreit von den für den Wettbewerb geltenden Rechtsregeln an.

Baumbach-Hefermehl lehnen dagegen eine Einschränkung der für den Wettbewerb der öffentlichen Hand maßgeblichen Grundsätze ab. Bevorrechtigen könne nur das Gesetz selbst[492].

Eine ähnliche Ansicht vertritt *Depenbrock*[493] und beruft sich zur Begründung auf das Subsidiaritätsprinzip, mit dem die Einräumung einer vorrangigen Stellung für die öffentlichen Betriebe unvereinbar sein müsse. Nur dort, wo gemeindliche Versorgungsbetriebe in keinem Wettbewerb mit der privaten Wirtschaft stünden, könnten sie sich von den allgemeinen Beschränkungen des Privatrechts befreien und ihr Handeln dem öffentlich-rechtlichen Bereich unterstellen. Nur wenn sie in öffentlich-rechtlichen Formen handelten, könnten sie sich auf ihre Sonderstellung als Hoheitsträger berufen.

---

[489] a.a.O., S. 166.

[490] a.a.O., S. 39/40; MuW XXXIV, 361.

[491] Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, S. 10.

[492] a.a.O., Allg., Anm. 99.

[493] a.a.O., S. 82

Die Auffassung *Aschers*, Sitten- und Rechtswidrigkeit seien privatrechtliche Begriffe, die im öffentlichen Recht keinen Raum hätten, wurde schon oben abgelehnt. Verwaltungsmaßnahmen werden auch nicht ohne weiteres rechtmäßig, wenn sie öffentliche Interessen verfolgen. Auch öffentliche Interessen dürfen nur innerhalb der Schranken des Rechts verfolgt werden, wozu auch, wie dargelegt, die Vorschriften des UWG gehören.

Die Meinung *W. Voigts* beruht auf der von ihm vertretenen, aber nicht als zutreffend anzuerkennenden reinen Interessentheorie für die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht. Die Verfolgung öffentlicher Interessen begründet nicht schon die Annahme, daß öffentliche Gewalt vorliegt. Von einem Ausschluß des ordentlichen Rechtswegs und der Unanwendbarkeit des UWG kann daher keine Rede sein.

Gütebier geht dagegen von der Auffassung aus, daß in jedem Fall das öffentliche Interesse vor dem privaten Interesse den Vorzug verdiene. Ein allgemeiner Satz, daß Gemeinnutz vor Eigennutz gehe, kann aber nicht anerkannt werden[494]. Privatrechtliches Handeln kann auch nicht im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens durch den verfolgten Zweck gerechtfertigt sein. Der Grundsatz des Handelns nach pflichtgemäßem Ermessen beinhaltet keinen Rechtfertigungsgrund, sondern schließt nur willkürliches Verhalten der Behörden aus. Gäbe es einen solchen Rechtfertigungsgrund, so müßte er dem öffentlichen Recht angehören, könnte also nur hoheitliches, nicht bürgerlich-rechtliches Handeln rechtfertigen. Den privatrechtlich geführten Unternehmen der Daseinsvorsorge stehen Hoheitsbefugnisse nicht zu. Begibt sich die öffentliche Hand zur Erreichung ihrer Zwecke auf den Boden des Privatrechts, so steht sie grundsätzlich einem Privatmann gleich. Sie kann sich dann trotz ihrer besonderen Zwecke nicht vom Privatrecht dispensieren[495]. Fiskalische Handlungen, die tatbestandsmäßig unter das UWG fallen, können daher nur durch Gründe gerechtfertigt sein, die auch für andere Rechtsgenossen als den Fiskus gelten, also dem Privatrecht angehören.

Als Rechtfertigungsgrund dieser Art ist das Prinzip der Interessenabwägung (Wahrnehmung berechtigter Interessen) auch für das Zivilrecht anerkannt[496]. Danach darf ein geringerwertiges Rechtsgut zugunsten eines höher-

---

[494] *Hubmann*, A. c. P. 155, 85, 93; *Wolff*, Verwaltungsrecht, I, S. 118; a. A. RGZ 118, 328.

[495] *Siebert*, DÖV 1959, 733; *Krüger* DVBl. 1955, 380.

[496] BGH 3, 270; 8, 142; 13, 210, 217; 14, 163; 24, 200; GRUR 1956, 212; 1957, 360; BGB-RGR § 823, Anm. 42; *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Allg. I, 88 ff.; *v. Gamm*, WRP 1959, 223 äußert dagegen Bedenken gegen die Interessenabwägung im gewerblichen Rechtsschutz.

wertigen geopfert werden, wenn der auftretende Konflikt nur durch Preisgabe des geringerwertigen Guts zu lösen ist. Das zurücktretende Interesse darf aber nur soweit als unvermeidlich beeinträchtigt werden; es muß das kleinste Übel, das schonendste Mittel gewählt werden. Die wahrgenommenen Interessen müssen den Handelnden nahe angehen, oder er muß ein besonderes Recht zur Wahrnehmung der Interessen haben. Er muß auch zur Interessenabwägung willens und in der Lage sein.

Diese Grundsätze gelten auch für den Wettbewerb der öffentlichen Leistungsträger. Im Wege der Interessenabwägung kann es gerechtfertigt sein, daß öffentliche Leistungsträger ihre Aufgaben durch wirtschaftliche Tätigkeit erfüllen, ohne an die Schranken, die für die wettbewerbliche Betätigung der öffentlichen Hand im übrigen gelten, gebunden zu sein. An sich tatbestandsmäßige Wettbewerbsvorstöße können also durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein[497]. Sie verlieren dann ihren sittenwidrigen Charakter. An die Voraussetzungen sind aber strenge Anforderungen zu stellen.

Zunächst muß der Leistungsträger ein Recht zur Wahrnehmung des öffentlichen Interesses haben, dem die fragliche Wettbewerbsmaßnahme dienen soll. Der Verwaltungsträger ist dann der berufene Sachwalter eines bestimmten öffentlichen Zwecks, wenn dessen Verfolgung zum öffentlich-rechtlichen Aufgabenkreis der Körperschaft gehört. Dabei kann es sich um Pflichtaufgaben oder freiwillige Aufgaben handeln. Die Person oder Stelle muß zur Wahrnehmung der Aufgabe zuständig sein. Das von der Leistungsverwaltung verfolgte Interesse muß das Interesse an der Einhaltung gleicher Bedingungen im Wettbewerbskampf zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft und das Interesse privater Unternehmer, die durch die Handlung beeinträchtigt werden, überwiegen. Seitens des Leistungsträgers kommt dabei nur ein öffentliches Interesse als überwiegend in Betracht, kein eigennützig-fiskalisches der betreffenden Körperschaft. Die Maßnahme muß als solche geeignet und bestimmt sein, dem öffentlichen Zweck, der hier in der Versorgung der Allgemeinheit mit bestimmten Gütern oder Leistungen liegt, zu fördern. Wo daher öffentliche Leistungsträger und private Unternehmen dem öffentlichen Interesse in der gleichen Weise dienen, kommt eine Freistellung von den für die öffentliche Hand geltenden Wettbewerbsvorschriften nicht in Betracht. Nur dort, wo die Leistung des öffentlichen Unternehmens ausschließlich oder doch in erheblich höherem Maße zur Verwirklichung des öffentlichen Zwecks

[497] Das Prinzip der Interessenabwägung wendet schon *Ulmer*, JW 1933, 1948 für einen Sonderfall an.

geeignet ist oder durch die Wettbewerbsmaßnahme geeignet wird (z. B. durch eine Preissenkung), kann sich auf Grund Wahrnehmung berechtigter Interessen eine wettbewerbliche Sonderstellung rechtfertigen lassen. *Vetter*[498] weist mit Recht darauf hin, daß derartige Unternehmen hinsichtlich des öffentlichen Interesses eine monopolähnliche Stellung einnehmen.

Doch verdient das soziale, volksgesundheitliche, kulturelle oder sonstige öffentliche Interesse nicht schlechthin den Vorzug vor anderen Interessen; auch haben die Interessen der Allgemeinheit nicht immer den Vorzug vor anderen, privaten. Es kommt vielmehr auf den Wert[499] des allgemeinen und des privaten Interesses an[500]. Indes läßt sich die Verfolgung bestimmter Ziele der Verwaltung nicht immer mit der Verwirklichung eines bestimmten Wertes der Skala: materielle, kulturelle, sittliche Werte, gleichsetzen. So dienen Maßnahmen auf sozialem oder volksgesundheitlichem Gebiet sowohl materiellen wie sittlichen Werten. Umgekehrt verfolgen auch Privatunternehmen bei ihrer Tätigkeit nicht nur materielle Erwerbsabsichten, sondern mit der Persönlichkeitsentfaltung auf gewerblichem Gebiet auch einen sittlichen Wert. Von maßgeblicher Bedeutung ist dagegen die Interessenintensität[501]. Dabei ist die Dringlichkeit des verfolgten öffentlichen Interesses gegen die zu erwartende Schädigung der privaten Unternehmen und die Beeinträchtigung der Wettbewerbsordnung abzuwägen.

In vielen Fällen werden diese schädlichen Folgen der Verwaltungsmaßnahme gering sein. So tritt eine spürbare Beeinträchtigung des privaten Gewerbes überhaupt nicht ein, wenn wenig Wettbewerb mit dem öffentlichen Leistungsträger besteht, weil die Abnehmerkreise sich kaum überschneiden, wie meist bei Förderungsmaßnahmen zugunsten finanzschwacher Personenkreise. Geringe Beeinträchtigungen, die den Bestand der Privatunternehmen nicht gefährden und deren Gewinne nicht wesentlich schmälern, müssen hingenommen werden. Aus dem Grundsatz der sozialen Pflichtgebundenheit des

---

[498] Die öffentliche Hand im Wettbewerb mit der privaten Wirtschaft, S. 69.

[499] *Hubmann*, A. c. P. 155, 85, 93, 108.

[500] Vgl. auch BGH in NJW 1959, 584, 586: »Ein Rechtsgut besitzt einen um so höheren Rang und muß deshalb von der Rechtsordnung um so wirksamer geschützt werden, je mehr sein Inhalt dringende Anliegen der Allgemeinheit, noch dazu solche hoher, insbes. kultureller und politischer Stufe betrifft. Gerade auch deren ernstlich drohende Gefährdung kann für eine nicht nur rein wirtschaftliche Betrachtung einen Notstand herbeiführen, dessen Abwehr unter Umständen nur durch sonst unerlaubte Eingriffe in fremde Vermögensgüter möglich und deshalb gerechtfertigt ist.«

[501] *Hubmann*, a.a.O.

Eigentums (Art. 14 GG) folgt, daß Maßnahmen, die von der öffentlichen Verwaltung ausgehen und öffentlichen Zwecken dienen, in stärkerem Umfang ohne Entschädigung geduldet werden müssen als die Auswirkungen privater Betätigung. Das RG[502] hat diesen Grundsatz auf nachbarrechtlichem Gebiet wiederholt ausgesprochen.

Wird dagegen durch die Leistungsverwaltung ein Privatunternehmen oder eine Gruppe solcher in ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährdet oder ihr Ertrag wesentlich vermindert, so fragt sich zunächst, ob die Schädigung unvermeidlich ist, wenn nicht die Verfolgung eines wichtigen öffentlichen Zwecks unterbleiben müßte. Hier wird stets zu prüfen sein, ob der durch die Leistung zu verwirklichende Zweck nicht auch in anderer Weise erreicht werden kann[503], z. B. indem Privatunternehmen in den Leistungsprozeß eingeschaltet werden. So werden etwa gewisse öffentliche Kredite nicht unmittelbar durch die Notenbanken gewährt, sondern über die privatwirtschaftlichen Banken, bei denen die Leistungsempfänger Kunden sind. Oftmals wird eine Einschaltung privater Unternehmen für die öffentliche Hand freilich nicht zumutbar sein. Das gilt vor allem dann, wenn eine ständige Überprüfung der Privatbetriebe dahingehend erfolgen müßte, ob diese auch das öffentliche Interesse in der von der Verwaltung gewollten Weise verwirklichen und nicht ihren eigenen Belangen nachgehen. Die Verbilligung von Gütern und Leistungen, die in der gewünschten Art und Weise bereits auf dem privaten Markt angeboten werden, kann dadurch erreicht werden, daß entweder den Unternehmern oder den Leistungsempfängern Zuschüsse gewährt werden. Allerdings tritt auch hier die Frage einer Kontrolle der öffentlichen Mittel auf. Zudem bringt diese Form der Intervention für die öffentliche Hand gegenüber der eigenen Leistungsgewährung den Nachteil mit sich, daß den Privatunternehmen eine gewisse Gewinnspanne gewährleistet werden muß. Die Erforderlichkeit eigener Leistungstätigkeit der Verwaltung wird daher nicht schon dann zu vermeiden sein, wenn rein äußerlich gesehen die Vermittlung auch über Privatunternehmen erfolgen könnte.

Erst wenn feststeht, daß die öffentliche Aufgabe nicht anders als durch den die Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen einschränkenden Einsatz der besonderen Mittel und Möglichkeiten der juristischen Personen des öffentlichen Rechts durchführbar ist, entscheidet über die Zulässigkeit die Abwägung der kollidierenden Rechtsgüter. Die Durchführung der öffentlichen Zwecke muß so dringend und notwendig sein, daß es gerechtfertigt ist, zu

[502] Nachweise bei *Palandt-Hoche*, BGB § 906, Anm. 5a cc).

[503] Ausweichprinzip: *Hubmann*, a.a.O., S. 123.

verlangen, daß die Individualinteressen dem gemeinen Interesse zu weichen haben[504]. Nur wenn das Interesse der öffentlichen Verwaltung die Störung der Wettbewerbsordnung und den bei Privatunternehmen voraussichtlich entstehenden Schaden überwiegt, darf die Maßnahme durchgeführt werden. Die Frage, ob die beeinträchtigten Privatunternehmen in diesem Fall eine Entschädigung beanspruchen können, wird noch zu erörtern sein.

Durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen können aber nicht alle Wettbewerbsverstöße der öffentlichen Hand gerechtfertigt werden, sondern in der Regel nur die der öffentlichen Hand eigentümlichen, die auf dem Einsatz der öffentlich-rechtlichen Stellung im Wettbewerb beruhen. Dagegen sind auch öffentliche Leistungsträger an die für alle Unternehmen geltenden Wettbewerbsgrundsätze gebunden, woran auch die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe nichts ändern kann. Nur die Befreiung von den besonderen Bindungen, die auf der Doppelstellung der öffentlichen Hand als Hoheitsträger und als Fiskalsubjekt beruhen, kann das rechte Mittel zu einem berechtigten öffentlichen Zweck darstellen. Die Auffassung *Gütebiers*[505], ein öffentliches Verkehrsunternehmen dürfe die Preise der privaten Konkurrenz mit Hilfe untertariflicher Bezahlung seiner Bediensteten unterbieten, um dadurch die Beförderungspreise auf einer wichtigen Strecke im öffentlichen Interesse zu senken, kann auch im Ergebnis nicht gebilligt werden. Es ist nicht einzusehen, weshalb das öffentliche Verkehrsinteresse der Fürsorgepflicht gegenüber den eigenen Bediensteten vorgehen sollte. Überdies wäre eine untertarifliche Bezahlung auch mit Zustimmung der Arbeitnehmer nicht zulässig, § 4 TVG.

Soweit allgemeine – nicht der öffentlichen Hand eigentümliche – Wettbewerbsverstöße in Frage stehen, ist also dem BGH[506] zuzustimmen, daß ein Handeln zu Wettbewerbszwecken durch Güter- und Pflichtenabwägung nicht gerechtfertigt werden könne. So hat er mit Recht die kritisierende Herabsetzung der Erzeugnisse des Mitbewerbers im Rahmen der Werbung für eigene oder fremde Leistungen auch dann für unerlaubt erachtet, wenn die Kritik nach der objektiven Sachlage ohne dieses wettbewerbliche Moment zulässig wäre.

Anders liegen die Verhältnisse beim Wettbewerb öffentlicher Leistungsträger, wo nicht eine Gewinnabsicht Triebfeder der Handlung ist, sondern

---

[504] Vgl. die ähnliche Problematik bei der Enteignung: *Sieder-Zeitler*, a.a.O., Art. 40, Anm. 7.

[505] Der unlautere Wettbewerb der öffentlichen Hand.

[506] BGHZ 14, 163, 171 (Constanze II); BGH in LM, § 1 UWG, Nr. 15 (Innungsboykott).

das öffentliche Wohl[507], dessen Verwirklichung unvermeidlich zur Schädigung privater Unternehmen führt. Hier ist eine Rechtfertigung durch Wahrnehmung berechtigter Interessen, also Güterabwägung, durchaus nach den Einzelumständen angebracht. Die Freistellung von den besonderen Bindungen, denen die öffentliche Hand im Wettbewerb unterliegt, ist dann das Korrelat ihrer Pflicht zur Wahrnehmung öffentlicher Interessen.

So kann die Gewährung von Sozialtarifen bei öffentlichen Verkehrsmitteln auch dann zulässig sein, wenn sie durch Zuschüsse aus öffentlichen Kassen ermöglicht wird und damit eine Unterbietung privater Mitbewerber verbunden ist[508]. In welchem Ausmaß die Beförderungspreise in diesem Fall subventioniert werden dürfen, richtet sich nach den zu erwartenden schädigenden Folgen auf die betroffenen Unternehmen durch die Störung der gleichen Wettbewerbsbedingungen, also insbesondere nach der Leistungsfähigkeit des privaten Unternehmens, dem Ausmaß des bestehenden Wettbewerbs und nach der Zahl derjenigen, die in den Genuß der Verbilligung kommen sollen. Die Dringlichkeit der Subvention hängt von dem betreffenden Kreis ab, dem sie zugute kommen soll, von der Notwendigkeit und Häufigkeit, die Strecke zurückzulegen, von der Höhe des Fahrpreises im Verhältnis zum Einkommen der Benutzer u. dgl. mehr. Das Beispiel zeigt, daß allgemeine Regeln hier nicht gegeben werden können, sondern daß es immer auf die Einzelumstände ankommt.

Eine ähnliche Sonderstellung kann ein öffentliches Opern- oder Schauspieltheater einnehmen, das im Wettbewerb zu privaten Lichtspielhäusern, Varietés oder ähnlichen Betrieben steht. Wenn dann nur das öffentliche Theater den öffentlichen Zwecken kultureller Betätigung und Volksbildung genügt, ist die Unterbietung der Eintrittspreise der privaten Betriebe mit Hilfe öffentlicher Gelder und die Förderung des Theaterbesuchs durch die Schulen zulässig, sofern die Beeinträchtigung der privaten Mitbewerber zumutbar bleibt. Dagegen dürfen andere Behörden unter Einsatz öffentlicher Autorität nicht für das Theater werben, wie *Gütebier*[509] meint, weil fiskalische Gesichtspunkte ein solches Vorgehen nicht rechtfertigen können, die anderen Behörden zur Wahrung kultureller Belange aber nicht zuständig sind.

---

[507] Jedenfalls für die öffentliche Hand ist die Verfolgung öffentlicher Aufgaben im Wettbewerb nicht sachwidrig. Vgl. zur Sachwidrigkeit von Interessen: *Hubmann*, a.a.O., S. 105.

[508] *Zeiß*, Eigenbetriebsrecht, S. 35, verneint zu Unrecht solche fürsorgerischen Aufgaben der gemeindlichen Betriebe.

Andere Regeln gelten dann, wenn neben dem öffentlichen Theater eine Bühne mit vergleichbarem Spielplan besteht, so daß das öffentliche Theater keine Sonderstellung hinsichtlich des kulturellen Interesses aufweist. Hier fehlt es an einem Grund für eine Bevorzugung, so daß hier das Wettbewerbsrecht der öffentlichen Hand in vollem Umfang Anwendung findet[510]. Das bedeutet, daß auch in Schulen nicht ausschließlich für das öffentliche Theater geworben werden darf, sondern daß nur der Besuch beider Theater gefördert werden kann.

Hierher gehört auch die Unterbietung mit Hilfe öffentlicher Mittel bei der Herausgabe von Steuerfibeln. Sie erfolgte in Erfüllung eines öffentlichen Zwecks, zu dessen Wahrnehmung die Finanzverwaltung berufen ist, nämlich die Steuerzahler über ihre Pflichten und Rechte gegenüber dem Staat aufzuklären. Weil die Verwaltung sich mit der Herausgabe der Fibel in den geschäftlichen Verkehr begab, mußte sie grundsätzlich auch die für den Wettbewerb der öffentlichen Hand geltenden Rechtsgrundsätze beachten, die die Unterbietung unter Einsatz öffentlicher Gelder untersagen. Ein solches Vorgehen kann nur ausnahmsweise durch Abwägen der widerstreitenden Interessen erlaubt sein, wenn das öffentliche Interesse an der Unterrichtung der Bürger überwiegt. Dabei darf also nicht die Wirkung der Wettbewerbsmaßnahme auf private Mitbewerber außer acht bleiben. Die Entscheidung hängt davon ab, ob der öffentliche Zweck so dringend war, daß er die Kaltstellung der privaten Betätigung auf diesem Gebiet rechtfertigen konnte.

2. *Die Rechtswidrigkeit hoheitlicher Wettbewerbshandlungen der öffentlichen Leistungsträger*

Die Grundsätze des UWG gelten auch für hoheitliche Handlungen. Auch sie können entweder finanzielle Interessen der betreffenden Körperschaft oder öffentliche Interessen verfolgen. Wirbt z. B. ein Gerichtsvollzieher für seine Versteigerungen mit der Wendung, er veräußere zum halben Ladenpreis, so liegt eine Wahrnehmung öffentlicher Interessen nicht vor. Anders dagegen, wenn eine öffentlich-rechtlich organisierte Badeanstalt unter Einsatz öffentlicher Mittel die Preise privater Unternehmen unterbietet, um den Interessen der Volksgesundheit und körperlichen Ertüchtigung der Jugend den Besuch zu heben.

Das pflichtgemäße Ermessen des Bediensteten als solches gibt noch keinen Rechtfertigungsgrund ab, wie *Gütebier*[511] meint. Dem Beamten muß eine

---

[510] zutr. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Allg. Anm. 99; *Löffler*, Presserecht, Stichwort »Wettbewerbsrecht«, Anm. 112; *v. Godin-Hoth*, a.a.O., § 1 UWG, Anm. 12.

[511] MuW XXXIV, 361.

besondere Befugnis zur Seite stehen, deren Grenzen er nicht überschreiten darf. Nur für die Frage, ob die Voraussetzungen der Handlungsbefugnis im Einzelfall vorliegen, entscheidet pflichtmäßiges Ermessen, so daß die Rechtmäßigkeit der Handlung dann nicht berührt wird, wenn sich hinterher herausstellt, daß die Handlungsvoraussetzungen nicht vorlagen[512].

Eine solche Befugnis, einen öffentlichen Zweck ohne Rücksicht auf die Grundsätze des Wettbewerbsrechts der öffentlichen Hand verfolgen und gegebenenfalls in den Rechtskreis privater Unternehmen eingreifen zu dürfen, kann sich aus gesetzlichen Bestimmungen ergeben. Man wird sie aber auch aus Aufgabe und Verpflichtung, ein bestimmtes öffentliches Interesse zu verwirklichen, erschließen dürfen. Der Grundsatz, daß von den Aufgaben einer Verwaltungsbehörde nicht auf die ihr übertragenen Mittel geschlossen werden kann[513], gilt (auch im Rahmen des bayer. Verwaltungsrechts) nur für die obrigkeitliche Verwaltung, also nur für die Befugnis zu Anordnungen, nicht aber für die schlichte Hoheitstätigkeit[514].

Das pflichtgemäße Ermessen schränkt Inhalt und Umfang solcher Befugnisse ein. Hierbei ist in erster Linie der Gleichheitssatz des Art. 3 GG, also das Verbot willkürlichen Handelns, zu beachten. Fiskalische Gesichtspunkte sind dabei sachfremd und ihre Heranziehung deshalb grundsätzlich untersagt. Der öffentliche Leistungsträger oder die handelnde Behörde können daher nur dann von den Bindungen, denen die öffentliche Hand im Wettbewerb unterliegt, freigestellt werden, wenn das öffentliche Unternehmen dem zu fördernden öffentlichen Interesse ausschließlich oder in erheblich besserem Maße als die Privatunternehmen dient. Nur dann ist die verschiedene Behandlung nicht willkürlich. Daher darf eine öffentliche Versicherung mit öffentlich-rechtlicher Organisation nicht die Mithilfe der allgemeinen Verwaltungsorganisation in Anspruch nehmen, wenn sie im Wettbewerb mit privaten Unternehmen steht, die unter gleichen oder ähnlichen Bedingungen Versicherungen abschließen. Dagegen darf die Bundespost grundsätzlich soziale Ermäßigungen für ihren Personenverkehr gewähren, auch wenn sie Zuschüsse vom Bund erhält und mit einer privaten Linie im Wettbewerb steht, die keine Sozialtarife gewährt. Denn die Bundespost erfüllt dann eine Beförderungsaufgabe besser als dieses.

Zu beachten ist jedoch auch bei hoheitlichen Handlungen der Grundsatz der Erforderlichkeit, des schonendsten Mittels. Eine Verwaltungsmaßnahme,

---

[512] Vgl. *Kayser-Leiß*, Die Amtshaftung, S. 41.

[513] Bay.VGH in VGH n. F. 4 I 19/22.

[514] Ähnlich wohl *Kayser-Leiß*, a.a.O.

die andere beeinträchtigt, darf nur durchgeführt werden, wenn sich das damit erstrebte Ziel nicht auch auf sonstige Weise genausogut erreichen läßt, z. B. durch Subventionierung eines bestehenden Privatunternehmens. Hierbei gelten aber die schon oben gemachten Einschränkungen.

Schließlich darf auch nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit[515] verstoßen werden. Der Nutzen der Maßnahme für das Gemeinwohl darf nicht außer Verhältnis zu dem Schaden stehen, den private Unternehmen und die Wettbewerbsordnung insgesamt erleiden. Dazu ist eine Interessenabwägung notwendig: Das Opfer des einzelnen und der Gewinn für die Allgemeinheit müssen in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen. Die Vernichtung oder erhebliche Erschwerung der Existenz eines Bürgers ist in aller Regel nicht gerechtfertigt[516].

Auf öffentlich-rechtlichem Gebiet ist die öffentliche Hand also im Ergebnis im gleichen Umfang an die besonderen für sie geltenden Wettbewerbsvorschriften gebunden, wie wenn sie privatrechlich tätig wird. Das kann wegen der Vertauschbarkeit des öffentlichen und privaten Rechts im Bereich der Daseinsvorsorge auch nicht anders sein, sonst könnte sich die Verwaltung durch die bloße Wahl der Organisationsform ein Mehr an Befugnissen gegenüber privaten Mitbewerbern verschaffen. Voraussetzung für eine Privilegierung der öffentlichen Hand ist stets, daß sie den öffentlichen Versorgungszweck besser und wirtschaftlicher erfüllt, als das die konkurrierenden Privatunternehmen vermöchten. Grundlage der Bevorrechtigung ist damit, daß die betreffende wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand zur Daseinsvorsorge im engeren Sinn gehört, wie sie im Teil I umrissen wurde.

---

[515] *v. Krauss*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 15.

[516] a.a.O., S. 17 mit Nachw.

2. Abschnitt: Einzeltatbestände des unlauteren Wettbewerbs der öffentlichen Hand

I. Mißbrauch amtlicher Autorität

Der Leistungswettbewerb setzt eine freie Entscheidung des Abnehmers zwischen den mehreren Anbietern voraus. Denn dieser soll durch seine Wahl Richter über die zum Vergleich stehenden Leistungen sein. Wie aber ein unter Zwang oder Täuschung stehender Richter kein gerechtes Urteil fällen kann, so beeinflussen diese Umstände auch eine sachgerechte Entscheidung der Empfänger der im Wettbewerb stehenden Leistungen. Zwang und Täuschung verfälschen den Leistungswettbewerb; sie sind daher ganz allgemein sittenwidrig[517].

Nun sind aber gerade die juristischen Personen des öffentlichen Rechts Träger besonderer Machtfülle, ihnen bringt der Bürger auch ein besonderes Vertrauen entgegen. Diese Überlegenheit vor anderen Wirtschaftssubjekten beruht nicht auf wirtschaftlicher Leistung der Körperschaften, sondern auf ihrer Stellung als neutrale Sachwalter öffentlicher Interessen, als Verwaltungssubjekte und Träger hoheitlicher Rechte. Wenn daher eine Körperschaft mit Hilfe der ihr übertragenen Zwangsgewalt oder Vertrauensstellung zugunsten der öffentlichen Unternehmen in den Wettbewerb eingreift, so bringt sie dadurch Vorteile zur Geltung, die allein auf ihrer öffentlich-rechtlichen Stellung beruhen, für den Wettbewerbskampf aber sachfremd sind. Genauso wie im allgemeinen Wettbewerbsrecht Zwang und Täuschung sittenwidrig sind, stellt auch der Mißbrauch behördlicher Autorität zu Zwecken des Wettbewerbs ein unlauteres Verhalten dar. Die Rechtsprechng hat gezeigt, daß gerade der Autoritätsmißbrauch ein häufiger Wettbewerbstatbestand der öffentlichen Hand ist. Er kann geradezu als der typische Wettbewerbsverstoß gelten und hat daher auch im Schrifttum mehrfach Würdigung erfahren.

Es stehen hier sowohl Handlungen auf bürgerlich-rechtlicher Ebene als auch Hoheitshandlungen, ja sogar in Sonderheit Akte obrigkeitlicher Verwaltung zur Beurteilung. Da ihre Rechtmäßigkeit in gleicher Weise an Hand des UWG zu prüfen ist, brauchen zusammengehörige Vorgänge auf öffentlich-rechtlichem und bürgerlich-rechtlichem Gebiet nicht auseinandergerissen zu werden. Im folgenden werden daher die auf Beeinflussung des Leistungsempfängers in unlauterer Weise gerichteten Wettbewerbsmaßnahmen unter-

[517] Vgl. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG, Anm. 5, 47.

sucht, ohne zwischen hoheitlichen und bürgerlich-rechtlichen Handlungen zu trennen.

1. Mißbrauch hoheitlicher Anordnungsbefugnisse

Der Mißbrauch obrigkeitlicher Anordnungsbefugnisse zum Wettbewerb würde zu den schwerwiegendsten Wettbewerbsverletzungen gehören. Als obrigkeitliche Anordnungen kommen Verwaltungsakte und Anordnungen im besonderen Gewaltverhältnis in Betracht. Zu denken ist etwa an eine Verfügung, die den Abbruch eines baufälligen Hauses anordnet und gleichzeitig dem Eigentümer aufgibt, damit das städtische Trümmerverwertungsunternehmen zu beauftragen, obwohl ein rechtsgültiger Benutzungszwang hierfür nicht besteht. Da solche Verwaltungsakte schon nach den Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts und der Gesetze, auf deren Grundlage er ergeht, namentlich wegen Ermessensmißbrauchs fehlerhaft sind[518], bedarf es keiner Heranziehung des Wettbewerbsrechts, um die Anfechtung durch den Adressaten des Verwaltungsakts durchgreifen zu lassen. Nur wenn die betroffenen Bürger Rechtsmittel nicht einlegen, muß auch dem Mitbewerber, dessen Unternehmen geschädigt wird, ein Rechtsschutz gegeben sein. Dann ist es von Bedeutung, daß die Verfügung im Verhältnis zu diesem (wenn nicht ausnahmsweise ebenfalls ein Verwaltungsakt), so doch eine Maßnahme der schlichten Hoheitsverwaltung darstellt, die wegen Verstoßes gegen die Grundsätze des Wettbewerbs rechtswidrig ist.

Häufiger werden Anordnungen im besonderen Gewaltverhältnis unlauteren Wettbewerb darstellen, einmal deshalb, weil sie einer Überprüfung durch die Verwaltungsgerichte jedenfalls zum Teil nicht zugänglich sind[519], zum anderen, weil gerade Anstaltsbetriebe mit hoheitlichem Benutzungsverhältnis mit Privatunternehmen im Wettbewerb stehen können. Im Gegensatz zu Verwaltungsakten bedürfen Maßnahmen im besonderen Gewaltverhältnis nach h. L. keiner gesetzlichen Grundlage. Über ihre Rechtmäßigkeit entscheidet in erster Linie die Frage, ob sie durch den Zweck des besonderen Gewaltverhältnisses gerechtfertigt werden[520]. Wird eine Anordnung nicht durch diesen besonderen Zweck gedeckt, so kann eine unlautere Wettbewerbshandlung vorliegen. Ordnet z. B. eine öffentliche Unterrichtsanstalt an, daß die Schüler ein bestimmtes Lehrbuch aus einem Verlag der öffentlichen Hand, etwa einem besonderen Schulbuchverlag, anzuschaffen haben, so wird diese Maßnahme in der Regel durch den Unterrichtszweck gerecht-

---

[518] Vgl. *Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 36 ff., 447 ff.
[519] *Eyermann-Fröhler*, VwGO § 42, Anm. 48 ff.
[520] *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 444.

fertigt sein, denn das Unterrichtswerk muß notwendig einheitlich sein. Die Unterrichtsanstalt könnte auch die Lehrbücher selbst anschaffen und an die Schüler ausleihen oder verkaufen. Als Abnehmer würde der Staat Vertragsfreiheit auf dem Markt genießen und könnte seinen Auftrag auch einem öffentlichen Unternehmen zuwenden. In einer später noch näher zu erörternden Entscheidung hielt das RG[521] mit Recht ein Ministerium für befugt, die Unfallversicherungspflicht der Schüler öffentlicher Lehranstalten anzuordnen und mit der Versicherung eine öffentlich-rechtliche Anstalt zu betrauen. Die Befugnis zu dieser Anordnung folgt aus der Fürsorgepflicht für Schüler, der nur durch eine gemeinschaftliche Versicherung zweckdienlich genügt werden konnte.

Eine unlautere Wettbewerbshandlung läge dagegen dann vor, wenn die Lehrkraft einer öffentlichen Schule anordnen würde, daß aller Schulbedarf, z. B. Schultaschen, Hefte, Schreibmaterial und dgl., von einem bestimmten öffentlichen Unternehmen bezogen werden müßte, wenn aus pädagogischen Gründen die Einheitlichkeit dieser Gegenstände nicht erforderlich ist. Dann könnten auch die Schüler nicht verpflichtet werden, diese Sachen von der Unterrichtsanstalt selbst zu beziehen. Die Anordnung ginge über den Anstaltszweck hinaus. Sie wäre schon aus diesem Grunde nicht rechtmäßig und, da von der Absicht getragen, den Absatz des öffentlichen Unternehmens zu fördern, ein unlauterer Autoritätsmißbrauch.

Ähnliche Wettbewerbsfälle können auch im Bereich eines Beamtenverhältnisses vorkommen. So läge unlauterer Wettbewerb vor, wenn ein Behördenvorstand seine Untergebenen zum Besuch des städtischen Theaters verpflichten würde, um dessen Besucherzahl zu heben, und hierdurch eine private Bühne geschädigt würde, oder wenn städtische Bedienstete verpflichtet würden, ihren Bedarf an Koks bei dem städtischen Gaswerk zu decken[522]. Anordnungen dieser Art hätten im Beamtenverhältnis oder in dem Dienstvertrag keine Grundlage; sie wären schon um deswillen unzulässig.

Der Auferlegung einer rechtswidrigen Verpflichtung zur Abnahme einer Leistung steht es gleich, wenn ein öffentliches Unternehmen über das Bestehen einer Verpflichtung zur Abnahme der Leistung zu täuschen suchte oder einen ohne sein Zutun bestehenden Irrtum ausnützen wollte. Täuschung und Ausnutzung eines Irrtums können unter keinen Umständen im Wettbewerb gerechtfertigt sein[523].

---

[521] RGZ 128, 134.

[522] a. A. *Vetter*, a.a.O., S. 63, hinsichtlich Werksangehöriger.

[523] Für Güterabwägung gilt nichts anderes als für rechtfertigende Notwehr, vgl. *Tetzner*, a.a.O., Vorbem., Anm. 67: Irreführung Dritter ist immer rechtswidrig.

2. *Inaussichtstellen sachfremder Vor- und Nachteile*

Nahe verwandt mit jenen schweren Wettbewerbsverstößen sind Fallgestaltungen, bei denen eine Behörde den Wettbewerb eines öffentlichen Unternehmens mittels Gewährung oder Inaussichtstellung sachfremder Vor- und Nachteile fördert, die auf dem öffentlich-rechtlichen Gebiet liegen. Der Abnehmer des Unternehmens glaubt sich zwar nicht zur Abnahme der Leistung der öffentlichen Hand verpflichtet; er will aber nicht gewärtigen, Nachteile in Kauf zu nehmen oder Vorteile ungenützt zu lassen, wenn er Kunde eines konkurrierenden Privatunternehmens wird. Dabei kann der Verwaltungsträger die ungesetzlichen Vor- oder Nachteile tatsächlich gewähren oder nur in Aussicht stellen[524] oder einen darüber bestehenden Irrtum zum Wettbewerb ausnützen. Auch hier entsteht eine subjektive Zwangslage der Abnehmer, die eine freie und sachliche Entscheidung erschwert oder unmöglich macht. Ihre Ausnützung ist daher sittenwidrig[525]. Als Beispiel für solche rechtswidrigen Kopplungen kann die Entscheidung des RG[526] angeführt werden, bei der eine städtische Friedhofsverwaltung eine Ermäßigung der Bestattungsgebühren gewährte, wenn der Sarg von dem städtischen Bestattungsbetrieb bezogen wurde, und die Hinterbliebenen auf diese Vergünstigung hinwies. Ein ähnlicher Fall liegt vor, wenn eine städtische Baubehörde die Erteilung der Baugenehmigung beschleunigt oder verzögert behandeln würde, je nachdem, ob der Bauwerber den Baukredit von der städtischen Sparkasse bezogen hat oder nicht. Oder eine Behörde »empfiehlt« ihren Beamten den Einkauf bei einem öffentlichen Unternehmen, wobei diese dem Rat Folge leisten, weil sie sonst dienstliche Nachteile befürchten[527]. Ein interessantes Beispiel für die Ausnutzung einer bloß subjektiv bestehenden Zwangslage bietet die Entscheidung des RG[528] über die Versendung von Fragebögen durch eine öffentliche Feuerversicherungsanstalt. Um zu erkunden, ob die als Kunden der Versicherung in Betracht kommenden Gebäudeeigentümer bereits versichert waren und gegebenenfalls bei welcher Versicherung, übermittelte der Kreisversicherungskommissar, der zugleich Verwaltungsbeamter war, Fagebogen an die Gemeindevorsteher, die diese durch Amtsboten oder Landjäger verteilen ließen. Das RG bejahte einen Verstoß gegen das UWG, indem es ausführt, die Anfrage an die Versicherten mit Unterstützung der

---

[524] Vgl. *Leidel* a.a.O., S. 79.

[525] *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG, Anm. 48, vgl. auch BGHZ 26, 84, 87.

[526] JW 1933, 2134.

[527] Vgl. *Tetzner*, UWG § 1, Anm. 15.

[528] RGZ 116, 28.

Behörden erwecke den Eindruck, als sei ihnen von diesen die Pflicht zur Beantwortung der Fragen auferlegt. Hierin liege ein sittenwidriger Mißbrauch behördlicher Autorität.

Häufiger als die Kopplung an eine öffentlich-rechtliche Maßnahme, die in einer geordneten Verwaltung kaum vorkommen dürfte, ist die Abhängigmachung einer Monopolleistung von der Abnahme anderer Güter. Hierzu wurde bereits im 1. Abschnitt unter III das Erforderliche ausgeführt.

3. Mißbrauch von Vertrauensstellungen

Zu den unlauteren Wettbewerbshandlungen der öffentlichen Hand, die auf unzulässiger Beeinflussung des Willens der Abnehmer beruhen, gehört schließlich der Mißbrauch von Vertrauensstellungen im engeren Sinn. Er liegt dann vor, wenn eine Behörde durch eigene Kundgebungen (z. B. Rat, Empfehlung) zugunsten öffentlicher Unternehmen in den Wettbewerb eingreift[529], wobei zum Unterschied von den soeben behandelten Fällen auf den Bürger kein Druck durch irgendwie geartete persönliche Vor- oder Nachteile ausgeübt wird. Die Behörde oder ein Beamter können sich verdeckt für das Unternehmen einsetzen, d. h. ihre wettbewerbliche Absicht nicht erkennen lassen, oder offen als dessen Sachwalter auftreten. Naturgemäß ist die Förderung des öffentlichen Unternehmens dann am intensivsten, wenn sie unter dem Vorwand, dem Gemeinwohl zu dienen, erfolgt. Aber auch die offene Werbung durch einen Amtsträger kann wirksamer als eine andere Reklame sein.

Auch wenn der Bürger weiß, daß der Beamte nicht objektiv urteilt, sondern ein bestimmtes Unternehmen aus Wettbewerbsgründen empfiehlt, findet seine Stimme doch stärkere Beachtung als die einer Privatperson. Eine bekannte Persönlichkeit verliert das auf ihrer Amtsstellung beruhende Ansehen auch dann nicht, wenn sie ausdrücklich als Privatmann auftritt[530]. Vorteile, die in der Weise auf der Amtsstellung der Behörde oder Person beruhen, sind im geschäftlichen Verkehr wettbewerbswidrig[531]. So liegt unlauterer Wettbewerb vor, wenn städtische Gaswerke ihren Geräteabsatz mittels Werbern fördern, die, mit Ausweisen versehen, sich als Beauftragte der Stadtwerke einführen, um vorhandene Gasgeräte zu überprüfen und dann um

---

[529] *Zetsche*, MuW XXVII/XXVIII, 41; *Bernstein*, JW 1927, 1071.

[530] *Bernstein*, Bankarchiv 27, 71.

[531] *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG, Anm. 100.

Aufträge werben; denn die Erneuerung der Geräte wird »amtlich« nahegelegt[532].

Die im Schrifttum gemachten Versuche, zwischen verschiedenen Formen von Autorität zu differenzieren, sind nicht berechtigt. So hält *Neff*[533] die Geltendmachung von »Vertrauensautorität«, die er von der »Amtsautorität« unterscheidet, grundsätzlich nicht für sittenwidrig. Während die »Amtsautorität« auf Gehorsam und Zwangsgewalt beruhen soll und sich also etwa mit den zunächst genannten Fällen des Mißbrauchs von Anordnungsbefugnissen und der Abhängigkeit der Bürger von der Verwaltung decken dürfte, beruhe die Vertrauensautorität auf Einfluß und Achtung und unterliege als ein Gut wie andere der Verfügung dessen, der es innehat. Der Einsatz der Vertrauensautorität verstoße daher nur bei besonderen Mißbräuchen gegen die guten Sitten.

Die Unterscheidung *Neffs* hat mit Recht Ablehnung erfahren[534]. Auch die Ausnutzung einer Vertrauensstellung bringt ein unsachliches Moment in den Wettbewerbskampf und ist daher, außer in bestimmten noch zu umgrenzenden Ausnahmen, unzulässig, abgesehen davon, daß eine Unterscheidung der Autoritätsarten nur schwer durchführbar wäre. Dem Gutachterausschuß für Wettbewerbsfragen[535] ist zuzustimmen, wenn er in der Einschaltung einer wettbewerbsfremden Autorität in das Verhältnis zwischen Kaufmann und Kunden ganz allgemein eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung erblickt, weil sie die Entschlußfreiheit der Kunden einengt.

Wie in den bisher aufgeführten Fällen kann auch hier der Vertrauensmißbrauch unter Benutzung eines Irrtums erfolgen. Ein Beispiel hierzu ist in einer Entscheidung des BGH[536] enthalten. Das Gericht bezeichnete es als unlauter, wenn eine staatliche Kurverwaltung auf Anfragen der Kurgäste einseitig die Staatshotels empfiehlt. Zwar ist die Kurverwaltung nicht Interessenvertreterin des Beherbergungsgewerbes, sondern hat nur die wirtschaftlichen Belange des Staates zu wahren. Bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Kurverwaltung ist aber von der Stellung auszugehen, die sie in den Augen der Kurinteressenten einnimmt, nämlich die einer objektiv urteilenden neutralen Stelle behördlichen Charakters. Sie muß daher die

---

[532] Wettb. 1961, 2; vgl. auch Wettb. 1961, 13 (Einschaltung von Feuerwehrkommandanten in den Absatz von Feuerlöschern).

[533] Zeitschrift f. Kommunalwirtschaft 1927, 1575.

[534] *Bernstein*, Bankarchiv 27, 71.

[535] Gutachten 4/1953.

[536] GRUR 1956, 216.

ihr zugedachte Objektivität und Neutralität wahren, andernfalls liegt ein wettbewerbswidriger Mißbrauch einer Vertrauensstellung vor.

Einen ähnlichen Fall hatte schon das RG[537] im gleichen Sinn entschieden. Es stellte fest, daß eine Stadtgemeinde, die an einer Autoverkehrs-GmbH maßgebend beteiligt ist, sittenwidrig handelt, wenn sie in ihrem Verkehrsbüro »Städt. Verkehrsamt« Ankündigungen von Fahrplänen dieses Unternehmens auslegt, eine andere Gesellschaft aber von derselben Art der Werbung ausschließt. Denn das Publikum erwartet auch hier von dem Städt. Verkehrsamt unparteiliche Auskünfte. Einseitige Reklame ist eine mißbräuchliche Ausnutzung der Vertrauensstellung.

Werbung unter Mißbrauch von Autorität kann auch durch bloße Duldung oder Gestattung geschehen, z. B. wenn eine Lehranstalt es zuläßt, daß ein Unternehmen während des Unterrichts für seine Erzeugnisse wirbt. Es kann dann bei den Eltern durch den Bericht der Kinder der Eindruck entstehen, als befürworte die Schule die Werbung, und sie werden dann den Bitten der Kinder um Geld für den Kauf der Artikel leichter nachgeben[538].

Während eine solche Werbung unter Ausnutzung eines Irrtums immer sittenwidrig ist, ist eine offene Kundgebung zu Wettbewerbszwecken nach der zutreffenden Formulierung des Gutachterausschusses nur dann unlauter, wenn darin die Einschaltung einer »wettbewerbsfremden« Autorität zu erblicken ist. Wann das der Fall ist, bedarf einer näheren Prüfung.

Dabei ist davon auszugehen, daß ein öffentliches Unternehmen oder eine Leistungsverwaltung in der gleichen Weise für sich selbst Werbung treiben darf wie ein Privatunternehmen. Sonst müßten öffentliche Unternehmen bei der Bedeutung, die die Reklame heute für die wirtschaftliche Entwicklung eines Unternehmens hat, ins Hintertreffen kommen, ohne daß eine schwächere Leistung als bei den Mitbewerbern das rechtfertigen würde. Dabei kann – wie im Regelfall – äußerlich die Werbung von dem Unternehmen ausgehen (z. B. Plakatwerbung) oder von seinen Angehörigen[539]. Der letztere Fall liegt z. B. vor, wenn ein Verkäufer in einem Verkaufsgespräch eine bestimmte Ware empfiehlt.

Während die Reklame, hinter der das öffentliche Unternehmen als Gesamtheit steht, zulässig ist, und zwar auch dann, wenn Unternehmen und

---

[537] DJZ 1936, 1311.

[538] Vgl. OLG Schleswig, Wettb. 1960, 9.

[539] Die Handlungen von Betriebsangehörigen sind Wettbewerbshandlungen, wenn sie der Förderung des Wettbewerbs des Unternehmens dienen *(Baumbach-Hefermehl,* a.a.O., Einl., Anm. 137).

Behörde organisatorisch nicht getrennt sind[540], fragt es sich, ob auch Angehörige des Unternehmens, insbesondere wenn es sich um Beamte handelt, sich empfehlend an die Öffentlichkeit wenden dürfen. *Sigloch*[541] bejaht diese Frage. Es muß aber entscheidend darauf ankommen, wie die Kundgebung zugunsten des öffentlichen Unternehmens auf die Entschlüsse des Publikums wirkt. Der Kaufentschluß darf nicht darauf beruhen, daß sich die Abnehmer der Autorität des Beamten oder der sonstigen Angehörigen des Unternehmens, die besonderes Vertrauen genießen, unterordnen. Eine wettbewerbswidrige Beeinflussung kann namentlich dann stattfinden, wenn der Werbende eine Doppelstellung als Beamter einer Ordnungsverwaltung und als Betriebsbeamter innehat. Das gleiche gilt, wenn eine bekannte Persönlichkeit des öffentlichen Lebens gleichzeitig im Dienst eines Unternehmens steht oder in dieses überwechselt. Sie wird sich dann bei eigenen empfehlenden Äußerungen Zurückhaltung auferlegen müssen. Für den Regelfall wird man aber der Auffassung *Siglochs* zustimmen können, daß eine Werbung durch Betriebsangehörige nicht wettbewerbswidrig ist, selbst wenn es sich um Beamte handelt[542].

Noch problematischer ist die empfehlende Kundgebung durch eine unternehmensfremde Person oder Stelle. *Sigloch*[543] hält sie für schlechthin unzulässig. Dem kann in der Allgemeinheit nicht beigepflichtet werden. Nicht jede Heranziehung eines Mittels im Wettbewerbskampf, das seinen Ursprung außerhalb der Organisation des öffentlichen Unternehmens hat, stellt einen Mißbrauch der Stellung der Körperschaft als öffentlicher Verwaltungsträger dar. Vielmehr besteht zwischen den erwerbswirtschaftlichen Unternehmen des Staates und seinen Körperschaften und auch zwischen Leistungsträgern eine solche Verwandtschaft, daß es nicht als unlauter angesehen werden kann, wenn sie sich im Wettbewerbskampf gegenseitig unterstützen. Von einer Heranziehung von Möglichkeiten zum Wettbewerb, die auf der öffentlichrechtlichen Stellung beruhen, kann jedenfalls im Verhältnis zwischen Erwerbsbetrieben und öffentlichen Leistungsträgern, die auf dem Boden des bürgerlichen Rechts tätig werden, nicht gesprochen werden. Es ist deshalb auch kein Grund einzusehen, warum nicht z. B. ein staatliches Automobilwerk für die Erzeugnisse einer staatlichen Ölraffinerie oder die Verkehrs-AG einer Stadt für die Energie- und Wasserversorgungs-AG oder die Bundesbahn

---

[540] RGZ 124, 239 (Landmesserurteil).

[541] Die Unternehmen der öffentlichen Hand, S. 289; dagegen *Götte*, a.a.O., S. 64.

[542] So auch RGZ 119, 435 (Kraftpost).

[543] a.a.O., S. 189.

für ihre Hotels oder eine Reisegepäckversicherung sollten werben dürfen. Es kann schwerlich angenommen werden, daß diese Unternehmen für den Wettbewerb der anderen als Träger amtlicher Autorität auftreten. Dagegen ist eine empfehlende Kundgebung einer Person oder Behörde der obrigkeitlichen Verwaltung zugunsten eines Erwerbsbetriebs oder eines im Wettbewerb stehenden bürgerlich-rechtlichen Leistungsträgers unzulässig, da hier amtliche Autorität im Wettbewerb zum Einsatz kommt.

Dabei ist aber stets zu prüfen, ob in dem Verhalten tatsächlich eine Empfehlung der Behörde für das Unternehmen nach der Verkehrsauffassung zu erblicken ist. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Werbung in Amtsräumen, auf amtlichen Formularen, Quittungen, in öffentlichen Verkehrsmitteln und dgl. zu betrachten. Sie ist heute in ausgedehntem Maße üblich geworden, und es ist auch wirtschaftlich sinnvoll, die Reklameflächen nicht ungenützt zu lassen[544]. Darin, daß die Behörden die Benutzung der Werbemöglichkeiten gestatten, sieht die Öffentlichkeit regelmäßig keine Empfehlung der werbenden Unternehmen durch die Behörde[545], so z. B. bei der Eisenbahn- oder Postreklame, den Reklameanzeigen in Amtsblättern, Werbefunk[546], Reklame auf Lohntüten[547]. Voraussetzung ist aber, daß die Reklame jedem Bewerber offensteht[548] und eine Verwechslung mit amtlichen Kundgebungen ausgeschlossen ist. So dürfen Reklameplakate oder Anzeigen nicht in der Weise mit amtlichem Text in Verbindung gebracht werden, daß daraus Unklarheiten entstehen können. Anzeigen auf Formularen und dgl. müssen durch den Druck und die räumliche Anordnung, gegebenenfalls durch eine ausdrückliche Bemerkung, vom amtlichen Teil geschieden sein[549]. Liegen diese Erfordernisse nicht vor, so ist in der Regel der Tatbestand des Autoritätsmißbrauchs erfüllt. Das ist namentlich anzunehmen, wenn dem öffentlichen Unternehmen nur ausnahmsweise und gefälligkeitshalber gestattet wird, eine sonst zu behördlichen Bekanntmachungen dienende Fläche zum Anschlag zu benutzen, z. B. die amtlichen Anschlagtafeln des Landratsamts, einer Polizeiwache oder öffentlichen Schule.

---

[544] Vgl. *Tetzner*, a.a.O, § 1, Anm. 52 und Fußnote 56.

[545] RGZ 124, 239, 249; zu Unrecht sieht *Jürgens*, Verw.Arch. 53, 142 darin eine Parteinahme der öffentlichen Gewalt im Konkurrenzkampf.

[546] LG München in WRP 1957, 109.

[547] OLG Frankfurt in GRUR 1954, 406.

[548] *Vetter*, a.a.O., S. 69.

[549] Vgl. auch § 9 des Bay. Gesetzes über die Presse.

Aus dem Gesichtspunkt heraus, daß Werbesendungen in Rundfunk und Fernsehen deutlich von den anderen Darbietungen getrennt werden, hat die Rechtsprechung einen Autoritätsmißbrauch verneint[550].

Zu beachten ist aber, daß schon tatbestandsmäßig keine Wettbewerbshandlung vorliegt bei behördlichen Kundgebungen, die nicht in der Absicht, den Wettbewerb eines bestimmten Unternehmens zu fördern, vorgenommen werden, sondern lediglich objektiv zur Verbesserung der Wettbewerbslage eines Unternehmens führen. Als Hauptfälle, die bereits die Rechtsprechung des RG[551] und des BGH[552] befaßten, sind die Erstattung von Gutachten und die Erteilung von Belehrungen und Warnungen der Industrie- und Handelskammern und Handwerkskammern zu nennen, die zu ihrem öffentlichrechtlichen Aufgabenbereich gehören. Dort, wo eine öffentliche Behörde in berufener Weise Beurteilungen und Bewertungen der Leistungen verschiedener Unternehmen vornimmt, fehlt eine Handlung im geschäftlichen Verkehr und eine Wettbewerbsabsicht, wenn sie sich dabei streng objektiv an die Beurteilungsmaßstäbe hält, also nicht ein bestimmtes Unternehmen in unsachlicher Weise bevorzugt oder benachteiligt. Um diese Neutralität sicherzustellen, darf in der Regel die eingeschaltete Person oder Stelle nicht selbst Vorteile für die Empfehlung eines bestimmten Unternehmens haben. Hierin wäre ein Indiz für eine vorhandene Wettbewerbsabsicht zu erblicken.

Wettbewerbshandlungen liegen daher auch nicht vor, wenn ein Lehrer an einer öffentlichen Lehranstalt ein nach sachlichen Gesichtspunkten ausgewähltes Buch empfiehlt: Er beabsichtigt nicht, den Absatz des betreffenden Verlags zu fördern, das Bewußtsein der Förderung genügt für eine Wettbewerbsabsicht nicht. Das gleiche gilt z. B. auch für Berichte in der amtlichen Presse und im Rundfunk über ein bestimmtes öffentliches Unternehmen und seine Erzeugnisse, sofern dabei nicht verdeckt Werbung betrieben werden soll.

Aber auch dort, wo eine an sich tatbestandsmäßige Wettbewerbsverletzung vorliegt, kann diese im Wege der Interessenabwägung gerechtfertigt sein.

Ein solcher Fall wäre unter Umständen anzunehmen, wenn eine öffentliche Lehranstalt vor dem Besuch von Spielhallen und schlechten Filmen warnt und dagegen die städtische Jugendbühne empfiehlt oder gegenüber der Lektüre minderwertiger Romane die Benutzung der öffentlichen Bücherei: Hier können an sich Wettbewerbshandlungen vorliegen, wenn es dem Handelnden darauf ankommt, den Absatz eines Unternehmens auf Kosten eines

---

[550] OLG München in WRP 1958, 51.

[551] Warn. 1929 Nr. 143.

[552] NJW 1956, 711.

anderen zu fördern; doch ist die empfehlende Kundgebung durch das weitaus überwiegende öffentliche Interesse gerechtfertigt, zu dessen Wahrung die Schule berufen ist.

4. Gebrauch amtlicher Symbole, Titel und Bezeichnungen

Zum Wettbewerb durch Autoritätsmißbrauch gehört auch die Frage, inwieweit der Gebrauch amtlicher Symbole, Titel und Bezeichnungen im Rahmen wettbewerblicher Betätigung der juristischen Personen des öffentlichen Rechts zulässig ist. Zunächst ist nicht ohne weiteres selbstverständlich, daß ein öffentliches Unternehmen, dessen Inhaber der Staat oder eine Stadtgemeinde ist, sich als »staatlich« oder »städtisch« bezeichnen darf. Denn allein dadurch wird möglicherweise eine Werbewirkung ausgenutzt, die auf der Doppelstellung der Körperschaften als Träger hoheitlicher Verwaltung und als Wirtschaftssubjekte beruht. Denn es wird eben nicht selten einem Unternehmen der öffentlichen Hand mehr Vertrauen als einem Privatunternehmen entgegengebracht, da mit ihm die Vorstellung größerer Sicherheit und Objektivität verbunden wird. Indes ist hierin ein Vorteil im Wettbewerb zu erblicken, der mit der Eigenschaft als öffentliches Unternehmen notwendig verbunden ist. Es wäre nichts gewonnen, wenn man einem öffentlichen Unternehmen verbieten würde, diese seine Eigenschaft zu verlautbaren. Im Gegenteil ist zu fordern, daß im Interesse der Wahrheit im Handelsverkehr die Inhaberschaft der Unternehmen hervortritt, ferner auch, damit der Umfang der öffentlichen Wirtschaft nicht verschleiert wird. Vielfach ist auch der Unternehmensname durch die Bezeichnung der öffentlichen Körperschaft oder Anstalt oder das Firmenrecht des HGB ohne weiteres gegeben (z. B. bei öffentlichen Sparkassen und Versicherungen). Von einer Wettbewerbswidrigkeit eines wahrheitsgemäßen Hinweises über die Beziehungen des Unternehmens zu einer juristischen Person des öffentlichen Rechts kann daher auch dort nicht gesprochen werden, wo dieser dem öffentlichen Unternehmen Vorteile im Wettbewerb bringt. Wenn schon Privatunternehmen sich bei Genehmigung durch die Stadt als städtisch bezeichnen dürfen[553], muß dies erst recht für ein Unternehmen gelten, das sich in städtischer Hand befindet. Auch die Bezeichnungen »amtliches Reisebüro« oder »amtliches Rollfuhrunternehmen« und dgl. sind demnach unbedenklich, wo eine Verbindung zu einer Behörde tatsächlich besteht.

Weiter ist zu prüfen, ob eine öffentliche Körperschaft die ihr für den amtlichen Gebrauch zustehenden Wappen und Hoheitszeichen auch für ihre

[553] RGZ 88, 306; 101, 169; LZ 1927, 603.

erwerbswirtschaftliche Betätigung verwenden darf. Bei Regiebetrieben, wo Unternehmen und öffentliche Verwaltung eine untrennbare organisatorische Einheit bilden, wäre ein Verbot schwerlich durchführbar. Es geht aber auch der Gesetzgeber davon aus, daß ein Geschäftsunternehmen zur Führung von Hoheitszeichen befugt sein kann, wie aus §§ 4 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4, 27 WZG folgt. Man wird daher diese Form des Wettbewerbs gestatten müssen, soweit damit keine Irreführung des Verkehrs verbunden ist[554]. So wäre es unlauter, durch solche Zeichen einem Erwerbsbetrieb den Anschein einer Hoheitsverwaltung zu geben.

Auch der Gebrauch von Dienststellenbezeichnungen und Beamtentiteln im geschäftlichen Verkehr kann nicht schlechthin untersagt werden. Wenn Beamte auch in gewissen wirtschaftlichen Betrieben (z. B. Bundespost und -bahn[555]) verwendet werden dürfen, dann sind die Dienstbezeichnungen von selbst gegeben und ihr Gebrauch nicht wettbewerbswidrig[556]. Ein unlauteres Moment kann jedoch darin liegen, daß namentlich bei Leistungen, die durch persönliche Arbeit der Bediensteten erbracht werden, durch ein betontes Hervorkehren der Beamteneigenschaft der Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorgerufen wird. Dadurch würde ein unlauterer Umstand in den Wettbewerbskampf gebracht.

5. *Unsachliche Werbung*

Schließlich gehören zur Gruppe der Wettbewerbsmaßnahmen, die auf Autoritätsmißbrauch beruhen, noch bestimmte Fälle der Werbung, bei denen ein öffentliches Unternehmen nicht auf seine Leistung, sondern darauf pocht, daß es unterstützungswürdiger als Privatunternehmen sei. Hierher gehören die Hinweise darauf, daß die Gewinne des Unternehmens der Allgemeinheit zugute kämen oder daß dadurch die Steuerlast der Bürger gemindert würde[556a]. Weitergehend ist es auch möglich, daß ein psychologischer Zwang ausgeübt wird, Kunde des Unternehmens zu werden, z. B. durch einen Appell an den Bürgersinn und die Heimatliebe[557], oder daß politische Motive, wie Soziali-

---

[554] RGZ 124, 239; a. A. zu Unrecht *Leidel*, a.a.O., S. 79.

[555] Vgl. § 4 BBG, Art. 5 Bay.BG, §96 Abs. 3, 19 Bundesbahngesetz, § 23 Postverwaltungsgesetz.

[556] RGZ 124, 239; OLG München in WRP 1956, 15; *Horn*, JW 1929, 3299.

[556a] Gemeinnützige — öffentliche oder private — Unternehmen dürfen aber auf diese Eigenschaft und deren Auswirkungen hinweisen.

[557] *Bernstein*, JW 1927, 1071.

sierungsziele, in die Werbung eingeführt werden[558]. Allein auf die Unsachlichkeit der Kundgebungen läßt sich ihre Sittenwidrigkeit zwar nicht stützen. Doch zieht hier die öffentliche Hand in vermeidbarer Weise Vorteil aus ihrer Stellung als öffentliches Gemeinwesen. Daraus leitet sich die Unzulässigkeit der Werbungsart her.

II. Behinderungswettbewerb durch die öffentliche Hand

Eine Form des unlauteren Wettbewerbs, die sich auf den Mißbrauch behördlicher Machtbefugnisse gründet, ist auch der Behinderungswettbewerb. Während bei den soeben untersuchten Fällen des Autoritätsmißbrauchs der unzulässige Zwang gegen Interessenten der Leistung der öffentlichen Hand gerichtet ist, um sie als Kunden des öffentlichen Unternehmens zu gewinnen, richtet er sich hier unmittelbar gegen den Mitbewerber. Es empfiehlt sich daher, diese Wettbewerbsform getrennt zu prüfen.

Eine Behinderung eines Mitbewerbers, die durch einen Verwaltungsakt erfolgt, kann durch dessen Anfechtung ohne weiteres einer Rechtskontrolle durch die Verwaltungsgerichte unterworfen werden. So z. B., wenn eine gewerberechtliche Erlaubnis versagt wird, damit einem öffentlichen Unternehmen keine Mitbewerber erwachsen. Die Versagung mit dieser Begründung wäre rechtswidrig, außer das Gesetz läßt eine Bedürfnisprüfung ausnahmsweise zu. Ein Verwaltungsakt, auf den ein Rechtsanspruch besteht, muß erteilt werden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen; bei einem in das Ermessen der Behörde gestellten Akt läge Ermessensmißbrauch vor. Wird eine Genehmigung unter einem Vorwand versagt, wobei in Wirklichkeit die Beschränkung des Wettbewerbs das Ziel der Behörde ist, so kommt es darauf an, ob die angeführten Gründe den Verwaltungsakt tragen. Ist das der Fall, so kann nicht geltend gemacht werden, daß in Wirklichkeit andere Überlegungen für den Erlaß des Verwaltungsaktes maßgeblich waren[559]. Als Verwaltungsakte sind auch Anordnungen anerkannt, die im besonderen Gewaltverhältnis ergehen, soweit der Betroffene in seiner persönlichen Rechtsstellung beeinträchtigt wird[560]. So könnte auch das einem Beamten gegenüber ergehende Verbot, einen Gewerbebetrieb zu betreiben, angefochten werden. Es bedarf keiner Heranziehung des Wettbewerbsrechts, um einer Klage zum

[558] Den umgekehrten Fall, daß ein Privatunternehmen zum Kampf gegen einen Staatsbetrieb auffordert, behandelt LG Hannover in BB 1962, 733.

[559] *Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 38, 448.

[560] *Eyermann-Fröhler*, VwGO § 42, Anm. 51 ff.

Erfolg zu verhelfen, wenn beamtenrechtliche Gesichtspunkte das Verbot nicht rechtfertigen (vgl. Art. 74 BayBG).

Dagegen erlangt das Wettbewerbsrecht maßgebliche Bedeutung, wenn durch Handlungen auf dem Gebiet der schlichten Hoheitsverwaltung behindernd in das Unternehmen eines privaten Gewerbetreibenden eingegriffen wird. Als Beispiel sei die bereits bei der Frage der Rechtsnatur von Wettbewerbshandlungen aufgeführte Entscheidung des RG[561] über das Geschäftsgebahren eines gemeindlichen Bestattungsunternehmens genannt. Die gemeindliche Friedhofsverwaltung behinderte dort private Konkurrenten in der Weise, daß sie z. B. deren Vollmachten zur Anmeldung von Bestattungen unbegründet beanstandete. Wird ein solches Verhalten durch die Grundsätze ordnungsgemäßer Verwaltung nicht gedeckt und ist es von einer Wettbewerbsabsicht getragen, so liegt hierin unlauterer Wettbewerb mit hoheitlichen Mitteln; denn das öffentliche Unternehmen verschaffte sich auf diese Weise einen Vorsprung im Wettbewerb, der lediglich auf seiner Stellung als öffentlich-rechtlicher Körperschaft beruhte. Die Möglichkeiten für eine darauf abzielende Verwaltung, durch schikanöse Maßnahmen private Mitbewerber zu behindern, sind denkbar mannigfaltig und können von der Verzögerung bei der Behandlung von Anträgen bis zur völligen Untätigkeit reichen. Soweit Anfechtungs- oder Verpflichtungsklagen zulässig sind[562], vermögen sie nur im Einzelfall Abhilfe zu schaffen, während die Behinderung in einer Vielzahl von Einzelmaßnahmen bestehen kann. Es taucht dann die Frage auf, ob auch eine Unterlassungsklage zulässig ist[563].

Das Gegenstück zum Behinderungswettbewerb besteht in der rechtswidrigen Bevorzugung des im Wettbewerb stehenden öffentlichen Unternehmens, z. B. bei der Steuerbemessung[564]. Auch hierin liegen unlautere Wettbewerbsmaßnahmen, wenn eine Wettbewerbsabsicht vorhanden ist.

III. Die Ausnutzung amtlicher Beziehungen zum Wettbewerb

Ein Unternehmen kann seine Erzeugnisse leichter absetzen als ein anderes, wenn es sich mit seiner Werbung nicht an die unbestimmte Allgemeinheit wenden muß, sondern bereits bestehende Beziehungen zu dem als Abnehmer

---

[561] JW 1933, 2134.

[562] Vgl. § 42 VwGO.

[563] Vgl. dazu 3. Abschnitt, Ziff. I.

[564] *v. Gamm*, GRUR 1959, 303.

in Frage kommenden Personenkreis für den Geschäftsbetrieb ausnutzen oder leicht herstellen kann. Durch die Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung entstehen in mannigfaltiger Weise Verbindungen zwischen den öffentlichen Körperschaften und Personen, bei denen für die Lieferungen oder Leistungen öffentlicher Unternehmen ein Bedürfnis besteht, sei es, daß in amtlichen Angelegenheiten ein Schriftwechsel unterhalten wird oder daß einzelne zur Erledigung ihrer Angelegenheiten persönlich bei den Behörden vorsprechen. Darüber hinaus kann eine Behörde die Aufmerksamkeit der Bürger für werbende Kundgebungen sehr viel leichter erlangen als ein privates Wirtschaftsunternehmen.

Die Ausnutzung solcher amtlicher Beziehungen stellt grundsätzlich eine Form des nach § 1 UWG untersagten Nichtleistungswettbewerbs dar, weil ein öffentliches Unternehmen hierbei Mittel und Möglichkeiten bei seiner Wirtschaftstätigkeit anwenden würde, die nur der öffentlichen Hand, nicht aber ihren Mitbewerbern offenstünden.

Ein Beispiel für einen wettbewerbswidrigen Einsatz von Bediensteten der inneren Verwaltung für geschäftliche Zwecke liefert die Entscheidung des RG[565] über die unter Einschaltung von Amtsboten und Landjägern durchgeführte Fragebogenaktion zugunsten einer im Wettbewerb stehenden öffentlichen Feuerversicherungsanstalt. Dort lag ein Autoritätsmißbrauch vor, weil der Anschein erweckt wurde, die Empfänger seien zur Beantwortung der gestellten Fragen verpflichtet. Selbst wenn jedoch durch einen ausdrücklichen Vermerk auf den Fragebögen eine dahingehende Verpflichtung ausgeschlossen worden wäre, läge doch ein Mißbrauch der Behördenorganisation zu Wettbewerbszwecken vor. Einen Mißbrauch des Verwaltungsapparates stellte auch die Bitte an einen Landrat dar, er solle durch amtliche Bekanntmachungen für eine im Wettbewerb mit gleichartigen Privatunternehmen stehende öffentliche Feuerversicherungsanstalt werben[566]. Eine Verpflichtung, solchen Bitten nachzukommen, besteht auch nicht wegen des Gebotes zur Amtshilfe (Art. 35 GG), weil jedenfalls im Wege der Amtshilfe kein unzulässiges Verhalten gefordert werden kann.

Noch ausgeprägter würde die öffentliche Hand ihre amtliche Stellung im Wettbewerb ausnutzen, wenn sie anläßlich der in amtlichen Angelegenheiten erfolgenden Vorsprache von Bürgern diesen gegenüber Wirtschaftswerbung treiben oder mit ihnen gewerbliche Abschlüsse tätigen wollte. Einen der-

[565] RGZ 116, 28.

[566] RG in MuW XXXII, 346.

artigen Sachverhalt hat die bereits erörterte Entscheidung des OLG München[567] zum Gegenstand, bei der ein städtisches Bestattungsamt sich durch Anfragen bei Krankenanstalten über eingetretene Sterbefälle erkundigte und die so erlangte Kenntnis dazu benutzte, in seiner Eigenschaft als Bestattungsunternehmen mit den Angehörigen der Verstorbenen Aufträge über die Durchführung von Bestattungen abzuschließen. Eine unzulässige Wettbewerbshandlung ist noch nicht in der Erkundigung bei den Krankenanstalten zu erblicken; denn bei dieser Maßnahme wird eine Wettbewerbsabsicht fehlen oder doch gegenüber der öffentlich-rechtlichen Aufgabe, die Erstattung der Anzeigen über Sterbefälle zu erleichtern und zu beschleunigen, zurücktreten. Unlauter ist aber die gewerbliche Verwertung der erlangten Kenntnisse und die Ausnutzung der durch die hoheitliche Tätigkeit des Bestattungsamtes hergestellten Beziehungen zu den Angehörigen der Verstorbenen.

Ein Bestattungsamt darf auch dann, wenn die Angehörigen der Verstorbenen selbst ihrer Anmeldepflicht nachkommen, deren Vorsprache beim Amt nicht dazu ausnutzen, für das städtische Bestattungsunternehmen zu werben und Verträge über Bestattungen abzuschließen, weil sonst das städtische Bestattungsunternehmen einen Vorsprung im Wettbewerb vor gleichartigen Privatunternehmen erlangen würde, der nicht durch eine bessere Leistung gerechtfertigt wäre, sondern auf seiner Doppelstellung als Behörde und Wirtschaftsunternehmen beruhen würde. Um einen ungerechtfertigten Vorsprung im Wettbewerb zu vermeiden, ist es erforderlich, daß eine räumliche und personelle Trennung des Bestattungsamtes als Verwaltungsbehörde und als Bestattungsunternehmen durchgeführt wird, denn sonst ist eine unzulässige Unterstützung der gewerblichen Tätigkeit durch die behördlichen Funktionen nicht zu umgehen.

Nach denselben Rechtsgrundsätzen ist auch der vom BGH nur hinsichtlich der Zulässigkeit des Rechtsweges entschiedene Fall zu beurteilen, in dem eine Stadtverwaltung in den gleichen Räumen, in denen das Paßamt untergebracht war, ein Reisebüro betrieb. Durch diese räumliche Anordnung nützte die Stadt die dienstliche Beziehung des Paßamtes zu den Antragstellern aus, um ihre Wettbewerbslage zu verbessern. Die Stadt erlangte dadurch den Vorteil, mit ihrer Werbung auf einen bestimmten Personenkreis einwirken zu können, der als Kunden für das Reisebüro in Betracht kam. Zudem brachte es die räumliche Nähe mit sich, daß die Paßbewerber aus Gründen der Zeitersparnis gleich das städtische Reisebüro in Anspruch nahmen. Ein Autoritätsmißbrauch in dem oben behandelten Sinn würde dagegen nicht

[567] WRP 1956, 15.

vorliegen, da das Paßamt nicht durch seine Vertrauensstellung für das Reisebüro geworben hat.

In diesem Zusammenhang gehört auch der vom Landgericht Wiesbaden[568] entschiedene Fall, daß ein städtisches Versorgungsunternehmen in seine mit amtlichem Anstrich versehene Kundenzeitschrift, die kostenlos an alle Haushaltungen verteilt wurde, gegen Entgelt Werbeanzeigen privater Unternehmen aufnahm. Das Landgericht bejahte unlauteren Wettbewerb gegenüber der in privater Hand befindlichen Presse als Mitbewerber im Anzeigengeschäft, weil die Kundenzeitschrift wegen ihrer amtlichen Ausstattung auf Beachtung eines großen Leserkreises rechnen könne, dem durch die Abnahme der Zeitschrift keinerlei Kosten entstanden. Hierdurch nutzte das Versorgungsunternehmen einen ungerechtfertigten Vorsprung vor anderen Zeitschriften im Wettbewerb aus. Die Entscheidung verdient Zustimmung; sie steht jedoch an der Grenze des noch als unzulässig zu bezeichnenden Verhaltens. Man wird sich hüten müssen, aus ihr zu weitgehende Folgerungen zu ziehen. So kann die Anbringung von Werbeplakaten in Amtsräumen, etwa in einem Postamt, nicht schlechthin als unlauterer Wettbewerb angesehen werden mit der Begründung, die Vereinigung so zahlreicher Menschen in dem Raum und damit die Werbewirksamkeit der Plakate beruhe darauf, daß dort eine öffentliche Verwaltung geführt werde. Denn die öffentliche Hand nützt hierbei nicht Mittel und Möglichkeiten zum Wettbewerb aus, die nur ihr offenstehen, für sie also spezifisch sind. Vielmehr kann jedermann für seine Geschäftstätigkeit die günstige Situation ausnutzen, daß an einem Ort eine Menschenmenge, gleichgültig aus welchem Anlaß, zusammenkommt.

Die durch die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand entstehenden Geschäftsbeziehungen können dagegen – wenn amtliche, hoheitliche Momente nicht ins Spiel gebracht werden – für eine andersartige wirtschaftliche Betätigung ausgenutzt werden. Das gilt auch für Unternehmen, bei denen die öffentliche Hand eine Monopolstellung einnimmt, so daß z. B. die Deutsche Bundesbahn Verträge für eine bestimmte Reisegepäckversicherung vermitteln darf, ohne daß andere Versicherungsunternehmen sich auf das UWG berufen könnten. Die Aufnahme von Anzeigen in die amtlichen Fahrpläne und Fernsprechbücher ist nicht unzulässig. Auch das Werbefernsehen

---

[568] NJW 1961, 2118; vgl. *Wenzel*, NJW 1961, 2102.

[569] a. A. *Jürgens*, Verw.Arch. 53, 134, der in dieser Hinsicht die Leistungsverwaltung der hoheitlichen Ordnungsverwaltung gleichsetzt. Aber die Stellung der öffentlichen Hand ist bezüglich der Verwendung ihrer Einrichtungen zur Werbung prinzipiell nicht anders als die eines privaten Monopolinhabers.

ist nicht deshalb wettbewerbsrechtlich bedenklich, weil hierbei die durch den sonstigen Sendebetrieb hergestellte Beziehung zu den Fernsehteilnehmern wirtschaftlich ausgenutzt wird, denn das Fernsehen zählt zwar zur hoheitlichen Leistungstätigkeit, nicht aber zur Ordnungsverwaltung[569].

Von dem Verbot, amtliche Beziehungen zum Wettbewerb auszunutzen, gilt eine Ausnahme für öffentliche Leistungsträger dann, wenn sie durch die Abwägung der beteiligten Interessen gerechtfertigt ist. Dabei muß durch die Leistungstätigkeit ein öffentlicher Zweck erfüllt werden, der durch die konkurrierenden Privatunternehmen nicht oder nicht ausreichend gewährt wird, und außerdem muß die Interessenabwägung ergeben, daß angesichts der Dringlichkeit des öffentlichen Interesses die Einwirkung auf die Privatunternehmen hingenommen werden muß.

So kann der Vertrieb von Steuerfibeln durch die Finanzämter an Steuerzahler, die in Erledigung ihrer Angelegenheiten bei dem Amt vorsprechen, gerechtfertigt sein, wenn die Belehrung der Bürger über ihre Rechte und Pflichten durch die im Handel erhältlichen Werke nicht ausreichend erfolgt, diese z. B. nicht zuverlässig sind. Erst recht wäre unter diesen Voraussetzungen eine Werbung unter Ausnutzung der Anschriftenbestände der Finanzämter zulässig.

In öffentlichen Schulen dürfen Eintrittskarten für eine öffentliche Bühne vertrieben werden, auch wenn dadurch der Absatz von Karten privater Lichtspieltheater zurückgehen sollte, weil der pädagogische Zweck die Beeinträchtigung überwiegen wird. Dagegen ist der amtliche Vertrieb von Karten des städtischen Theaters an Beamte ausgeschlossen, weil der Besuch des Theaters in der Regel nicht zur Fortbildung der Beamten erforderlich ist und die Wahrung kultureller Belange nicht zu den Aufgaben einer Personalverwaltung gehört[570]. Die Zulässigkeit des Vertriebs durch Organisationen der Beamten und deren Vertrauensleute (z. B. den Personalrat) wird dadurch nicht berührt.

Unter dem Gesichtspunkt der Interessenabwägung könnte auch die Einschaltung der Behörden der allgemeinen inneren Verwaltung in den Wettbewerb öffentlicher Versicherungen nicht gerechtfertigt werden, sofern private Versicherungen dem öffentlichen Zweck genauso dienen.

---

[570] a. A. *Gütebier*, MuW XXXIV, 361.

IV. Ausnutzung amtlicher Kenntnisse und Geheimnisse

Die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit des Staates bringt in vielfältiger Weise Kenntnisse von Tatsachen mit sich, die von großer Bedeutung für eine wirtschaftliche Tätigkeit sein können.

Hier sind vor allem Kenntnisse über gewerbliche Verdienstmöglichkeiten zu nennen[571]. So werden den Behörden vielfach Adressen bekannt, auf deren Grundlage eine wirksame Werbung durchgeführt werden kann. Beispielsweise erfährt die Verwaltung durch das Personenstandswesen von Geburts-, Heirats- und Sterbefällen, die die Notwendigkeit mit sich bringen, besondere Anschaffungen zu machen oder gewerbliche Leistungen in Anspruch zu nehmen. Soweit die Verwaltung Geldleistungen gewährt, z. B. nach dem Lastenausgleichsgesetz, sind ihr die Empfänger bekannt, die als Kunden für gewisse Güter, etwa Möbel und Hausrat, in Frage kommen.

Daneben stehen Kenntnisse, die selbst Gegenstand wirtschaftlicher Verwertung sein können, wie amtliches statistisches Material aller Art, Fahrpläne, Anschriften und Nummern von Fernsprechteilnehmern und dgl.

Die Verwaltung erlangt auch Kenntnisse über die geschäftlichen Verhältnisse von Mitbewerbern der öffentlichen Hand (z. B. Wettbewerbsfähigkeit, wirtschaftliche Lage, Geschäftsbeziehungen) und über bevorstehende wirtschaftspolitische Maßnahmen, wie Erweiterung oder Begrenzung von Export- oder Importquoten, Erhöhung oder Verkürzung von Subventionen, gesetzgeberische Maßnahmen, die sich günstig oder ungünstig auf die Unternehmen des bestimmten Gewerbezweigs auswirken (z. B. auf dem Gebiet des Steuerwesens), bevorstehende internationale Verträge, Maßnahmen auf dem Gebiet des Geld- und Kreditwesens (z. B. Währungsreform, Ab- oder Aufwertung) u. ä. Die vorherige Kenntnis solcher Umstände, die anderen Unternehmen nicht zugänglich ist, könnte ein öffentliches Unternehmen wesentlich fördern, denn es könnte sich rechtzeitig auf die bevorstehenden Änderungen einstellen und danach seine geschäftlichen Dispositionen treffen.

Die Verwertung dieser besonderen Kenntnisse verstößt, sofern die Kenntnisse nicht jedem interessierten Privatunternehmen ebenfalls zugänglich sind, gegen den Leistungsgrundsatz im Wettbewerb[572]. Sie ist daher unzulässig, und zwar auch dann, wenn das öffentliche Unternehmen ohne sein Zutun in ihren Besitz gekommen ist, so daß auch Minister, Abgeordnete oder Beamte, die gleichzeitig im Dienst eines Unternehmens stehen oder

---

[571] *Vetter*, a.a.O., S. 63.

[572] *v. Gamm*, GRUR 1959, 303; *Vetter*, a.a.O., S. 63.

Aufsichtsräte sind, über die allgemeinen Verschwiegenheitspflichten hinaus gebunden sind, um nicht unlauterem Wettbewerb Vorschub zu leisten. Selbstverständlich dürfen auch öffentliche Unternehmen nicht versuchen, sich durch ihre besonderen Beziehungen zum Staat in den Besitz von Geheimnissen und anderen nicht allgemein zugänglichen Kenntnissen zu setzen.

In Einzelfällen können bei öffentlichen Leistungsträgern aber auch hier Sonderregeln unter dem Gesichtspunkt der Interessenabwägung gelten.

Einen Fall dieser Art behandelt eine Entscheidung des RG[574]. Dort ließ die Reichspost durch eine Handelsgesellschaft die Anschriften und Nummern von Fernsprechteilnehmern zur Herstellung eines Branchentelefonbuches auswerten, das sie kostenlos an die Teilnehmer auslieferte. Sie weigerte sich, einem Privatunternehmen, das ebenfalls Branchentelefonbücher herstellte, die laufenden Änderungen des Fernsprechverzeichnisses mitzuteilen. An dieser Stelle ist zunächst die Frage von Belang, ob die Post das amtliche Material selbst verwerten lassen durfte, obwohl sie hierdurch einen geschäftlichen Vorsprung erzielte, der auf ihrer Stellung als Inhaberin der Fernmeldehoheit beruhte. Das RG verneinte eine wettbewerbsmäßige Betätigung der Reichspost, es liege hier ein Ausfluß des ausschließlichen Rechts der Reichspost im Fernmeldewesen vor, wodurch der Wettbewerb auf diesem Gebiet ausgeschlossen werden könne. *Ulmer*[575] nimmt dagegen mit Recht eine Betätigung im geschäftlichen Verkehr an, denn die Herausgabe von Branchentelefonbüchern fällt nicht unter das Postregal und ist daher nicht ausschließlich der Post vorbehalten[576]. Zutreffend verweist er auf eine Abwägung der Interessen der Privatunternehmen und der öffentlichen Hand an einer solchen Hilfsbetätigung.

Sollte die Post verpflichtet sein, das Material auch allen Privatunternehmern bekanntzugeben[577], die sich darum bewerben, so darf sie es selbstverständlich auch selbst auswerten. Das gleiche muß aber auch angenommen werden, wenn man eine derartige Pflicht verneint. Es greift dann der Gesichtspunkt der Interessenabwägung ein, denn die amtlichen Bücher dienen durch ihre größere Richtigkeit und Vollständigkeit dem öffentlichen Zweck, die

---

[573] Zu der Frage, ob Minister Aufsichtsräte sein dürfen: *Golz* DÖV 1958, 757; 1960, 895; *Wiedenfels,* DÖV 1960, 892.

[574] RGZ 137, 57; vgl. auch LG Stuttgart, Archiv für das Post- und Fernmeldewesen 1951, 393 mit Anm. von *Aubert.*

[575] JW 1933, 1948.

[576] Vgl. auch *Krafft,* WRP 1961, 95.

[577] Vgl. darüber unter VI.

Benutzung der Fernsprecher zu erleichtern, in höherem Maße. Dieses öffentliche Interesse geht der Beeinträchtigung privater Konkurrenz vor, für die die Herausgabe der Bücher nicht unmöglich ist, die sich dann aber nur an das amtliche Verzeichnis halten kann[578].

V. Unlautere Preisunterbietung und ähnliche Tatbestände

Die Unterbietung der Preise, zu denen eine Leistung auf den Markt gebracht wird, ist eine der Haupttriebkräfte des freien Wettbewerbs. Sie ist daher nicht nur grundsätzlich zulässig, sondern im Interesse der gesamten Volkswirtschaft erwünscht. Auch den Unternehmen der öffentlichen Hand ist die Preisunterbietung gestattet, wenn sie auf Grund der eigenen Leistungsfähigkeit möglich ist[579].

Die Tatbestände, die die Preisunterbietung unlauter machen, gelten für die öffentliche Hand im gleichen Umfang wie für Privatunternehmen. Nach der nunmehr h. L. wird die Preisunterbietung[580] unzulässig, wenn sie durch ganz bestimmte unlautere Machenschaften ermöglicht wird[581]. In erster Linie ist hier die Preisunterbietung zu nennen, die durch Rechtsbruch ermöglicht wird[582]. Dagegen ist der Verkauf unter Selbstkosten nicht wettbewerbswidrig, denn er kann z. B. bei einem plötzlichen Preisrückgang wirtschaftlich vernünftig und gerechtfertigt sein[583]. Ein Verschenken von Waren zum bestimmungsmäßigen Gebrauch ist dagegen wettbewerbswidrig, weil es den Bestand eines gesunden Wettbewerbs überhaupt berührt[584].

Ein Verkauf unter Selbstkosten ist auch für die öffentliche Hand nicht unlauter[584a]. *Götte*[585] vertritt zu Unrecht eine gegenteilige Auffassung, die er damit begründet, daß eine Preisunterbietung zu unwirtschaftlicher Verwaltung öffentlichen Vermögens führe. Die Abgabe unter Selbstkosten kann aber im Endergebnis das öffentliche Unternehmen gerade besonders intensiv för-

---

[578] a. A. *W. Voigt*, a.a.O., S. 144, weil das Vorgehen der Post zur Durchführung ihrer Aufgaben nicht erforderlich sei.

[579] RGZ 138, 174.

[580] Die Unterbietung mit preisgebundenen Waren kann hier außer Betracht bleiben.

[581] *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG, Anm. 157.

[582] *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG, Anm. 154 ff.; *Fikentscher*, BB 1958, 201.

[583] *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Anm. 159.

[584] BGHZ 23, 365; RG in GRUR 1938, 207.

[584a] LG Düsseldorf in BB 1962, 778.

[585] a.a.O., S. 55/56.

dern und sogar wirtschaftlich notwendig sein, um größere Verluste zu vermeiden. Selbst eine planmäßige Unterbietung wäre, auch wenn sie gegen die Gemeindeordnung verstieße, kein unlauterer Wettbewerb, sondern nur ein unrechtmäßiger[586].

Unlauter ist dagegen eine Preisunterbietung, die von Vernichtungsabsicht getragen wird[587]. Eine solche hielt z. B. das LG Berlin im Beschluß vom 20. März 1933[588] für gegeben, als die damalige Reichsbahngesellschaft und die Deutsche Bahnspeditionsgesellschaft die außerhalb der Bahnfracht zu erhebenden Kosten so sehr senkten, daß die Frachtgutsendungen für die Bahn gesichert waren. Die Entscheidung ist durch die Bindung der Tarife wohl überholt.

Zu den für alle geltenden Tatbeständen unzulässiger Preisunterbietung kommt ein nur der öffentlichen Hand eigener Tatbestand: Die Unterbietung, die durch den Einsatz öffentlicher Mittel, sachlicher oder persönlicher Organisationsteile einer öffentlichen Verwaltung oder durch Ausnutzung einer der Verwaltung für ihre öffentlichen Zwecke gewährten Steuerbefreiung ermöglicht wird[589]. Werden jene Vorteile, die auf der öffentlich-rechtlichen Stellung der öffentlichen Hand beruhen, dazu benutzt, die Preise der Mitbewerber zu unterbieten, so ist der Gesamttatbestand als unlauteres Verhalten zu bewerten. Gerade bei der Frage der Zulässigkeit von Preisunterbietungen ist zu einem sinnvollen Ergebnis nur durch die Würdigung aller Umstände zu gelangen. Das übersieht *Kümmel*[590], wenn er die Zuwendung öffentlicher Mittel an das Unternehmen und die Unterbietung als solche getrennt auf ihre Zulässigkeit prüft, während der Charakter des Gesamtverhaltens nur aus der Beziehung von Mittel und Zweck entnommen werden kann. Der die Sittenwidrigkeit letztlich begründende Umstand liegt in einer wettbewerblichen Angriffshandlung: Das öffentliche Unternehmen versucht, durch Einsatz der nur ihm zugänglichen Abgabemittel Kunden privater Unternehmen an sich zu ziehen. Denn den privaten Unternehmen ist es wegen ihrer Unkosten nicht möglich, zu gleich niedrigen Preisen ihre Waren auf den Markt zu bringen.

Wann eine Unterbietung vorliegt, kann nicht rein ziffermäßig durch einen Vergleich der Preishöhe festgestellt werden, worauf *Schneider*[591] mit Recht

---

[586] Es sei denn, sie erfolge unter Heranziehung öffentlicher Mittel; darüber sogleich.
[587] *Baumbach-Hefermehl,* a.a.O., Anm. 155.
[588] Bei *Gütebier,* MuW XXXIV, 362.
[589] *Horn,* JW 1929, 3299.
[590] a.a.O., S. 35.
[591] NJW 1957, 1076.

hinweist. Der Preis ist zur Qualität der angebotenen Leistung in Beziehung zu setzen; dabei ist von der Wertschätzung auszugehen, die das Publikum der Leistung beimißt. So kann dieses z. B. den Wert einer von einer Behörde herausgegebenen Steuerfibel geringer veranschlagen als den eines privaten Erzeugnisses dieser Art, weil die Meinung bestehen kann, daß die amtliche Broschüre die Interessen des Steuerzahlers in geringerem Maße wahrnehme.

Ein weiterer Fall unerlaubter Preisunterbietung liegt auch dann vor, wenn die niedrigeren Verkaufspreise dadurch ermöglicht werden, daß die öffentliche Hand die mit der Herstellung von Erzeugnissen beschäftigten Arbeitskräfte untertariflich entlohnen darf oder überhaupt kein Entgelt zu zahlen braucht. Das ist namentlich der Fall bei der Arbeit von Strafgefangenen[592]. Weitere Beispiele für zulässigerweise unterbezahlte Arbeit ist die zu Lehrzwecken in Unterrichtsanstalten, z. B. Landwirtschaftsschulen, gegebenenfalls auch die Arbeitsleistung von Sozialhilfeempfängern[593]. In all jenen Fällen ist jedoch zu berücksichtigen, daß der Verkaufspreis für den Arbeitserfolg unter Umständen niedriger sein darf als für zu vergleichende Gegenstände der freien Erzeugung, sofern sie durch ihre Herkunft benachteiligt sind.

Die Unzulässigkeit einer Preisunterbietung, die unter Mißbrauch der Abgabenhoheit erfolgt, ist durch die Rechtsprechung des RG anerkannt. Dieses hat nach anfänglichem Zögern in seinem Urteil über den Wettbewerb eines Kreisvermessungsamtes[594] in seiner späteren Entscheidung betreffend die Unterbietung durch ein Übernachtungsheim für Jugendliche[595] das Vorliegen unlauteren Wettbewerbs in solchen Fällen bejaht[596]. In der erstgenannten Entscheidung führte ein Vermessungsamt eines Landkreises aus fiskalischen Gründen, da seine Kapazität nicht voll ausgelastet war, gegen Entgelt Vermessungen für private Besteller aus, wobei es die Preise der privaten Landmesser unterbot. Das war ihm nur durch die Benützung des vorhandenen Behördenapparats und die Steuerfreiheit, die es genoß, möglich. Das RG billigte in seiner Entscheidung das Urteil des Berufungsgerichts, das eine unzulässige Preisunterbietung verneint hatte, weil diese nicht bestimmt und geeignet sei, die wirtschaftliche Vernichtung der privaten Landvermesser herbeizuführen.

---

[592] Vgl. *Voigt*, a.a.O., S. 160.

[593] § 26 BSHG.

[594] RGZ 124, 239.

[595] RGZ 138, 174.

[596] Vgl. auch LG Hannover in BB 1962, 733.

Horn[597] hat in einer Anmerkung diese Darlegung mit Recht angegriffen, indem er auf den ähnlichen Fall einer Unterbietung hinwies, die durch eine untertarifliche Bezahlung der Arbeitskräfte ermöglicht wurde und bei der auch das RG[598] unlauteren Wettbewerb bejaht hat, ohne auf eine Existenzgefährdung der Konkurrenten abzustellen.

Das RG ist dann in der späteren der genannten Entscheidungen von seiner Auffassung abgegangen. Ihr lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Stadt Berlin betrieb zu Zwecken der Jugendförderung eine Herberge »Haus der Jugend«, die Jugendgruppen und jugendlichen Wanderern zu niedrigen Unterkunfts- und Verpflegssätzen zur Verfügung gestellt wurde. Der Kläger behauptete, es seien in das Haus bestimmungswidrig auch Erwachsene zu den gleichen günstigen Bedingungen aufgenommen worden, als dieses durch Jugendliche nicht voll belegt gewesen sei. Das RG erachtete eine unzulässige Unterbietung des privaten Gaststättengewerbes für schlüssig dargelegt. Mit Rücksicht auf die Stellung eines öffentlich-rechtlichen Verbandes und sein Verhältnis zu seinen ihm steuerpflichtigen gewerbetreibenden Angehörigen könne ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegen, wenn die öffentlichen Mittel, die einer Anstalt zur Erreichung eines bestimmten im öffentlichen Interesse liegenden Zwecks zur Verfügung gestellt würden, dazu verwendet würden, um die Preise der Gewerbetreibenden zu unterbieten, die durch ihre Steuern die Mittel des Verbandes mit aufgebracht hätten, wobei die Verlustgefahr des Betriebs auf die Steuerzahler abgewälzt würde. Denn die Unterbietung wäre nicht möglich, wenn die Anstalt ebenso mit Steuern belastet wäre wie die privaten Gasthofbesitzer, und die Zuschüsse, die das Heim erforderte, nicht aus öffentlichen Mitteln gedeckt würden. Allerdings sei nicht jede Beherbergung Dritter ein Verstoß gegen die guten Sitten, so bei einem Andrang, dem die Gasthäuser nicht gewachsen wären. Auch diese Ausnahme ist zu billigen, da dann die privaten Gewerbetreibenden nicht geschädigt werden.

Ähnlich wie zu Zwecken der Preisunterbietung ist die Verwendung öffentlicher Mittel auch nicht zulässig, wenn der finanzielle Rückhalt, den die öffentlichen Kassen bieten, zu einer Art der Geschäftsführung mißbraucht wird, die Privatunternehmen nicht möglich ist. Das ist insbesondere der Fall, wenn das öffentliche Unternehmen im Vertrauen auf die Verlustdeckung bewußt Risiken eingeht, die als mit den Grundsätzen vernünftiger Geschäftsführung unvertretbar angesehen werden müssen. Denn ein solches Geschäfts-

[597] JW 1929, 3299.
[598] JW 1927, 1636.

gebaren stellt einen Mißbrauch öffentlicher Mittel zum Nachteil der privaten Mitbewerber dar.

Die Tatbestände der Preisunterbietung und Risikodeckung können bei allen öffentlichen Unternehmen vorliegen. Es kommt nicht darauf an, ob ihren Trägerkörperschaften eigene Abgabenhoheit, wie etwa dem Staat und den Gemeinden, zukommt. Die vielfach[599] für diese und ähnliche Tatbestände gebrauchte Bezeichnung »Mißbrauch der Abgabenhoheit« darf nicht in diesem Sinne verstanden werden[600]. Entscheidend ist nur, daß die Unterbietung durch Zuschüsse aus öffentlichen Kassen ermöglicht wird, welche das sind, ist gleichgültig. So liegt unlauterer Wettbewerb vor, wenn eine selbständige Anstalt oder Körperschaft mit Hilfe staatlicher Zuschüsse die Preise unterbietet. Etwas anders gilt nur dann, wenn die Unterbietung durch Mittel des öffentlichen Unternehmens selbst erfolgt: Wird durch den Ausbau einer Strecke der Reichsbahn eine Privatbahn konkurrenzunfähig, so liegt jedenfalls dann keine unzulässige Unterbietung vor, wenn die staatliche Bahn kein Zuschußbetrieb ist[601].

Ferner ist auch eine Unterbietung nicht wettbewerbswidrig, die durch die von dem öffentlichen Unternehmen erhobenen Gebühren ermöglicht wird. Unter den Begriff der Abgaben fallen zwar auch Benutzungsgebühren. Diese sind aber lediglich spezielle Entgelte für eine erbrachte Leistung, genauso wie ein Kaufpreis. Sie beruhen auf eigener Leistung der Körperschaft, da sie im Durchschnitt den Wert der Leistung nicht übersteigen dürfen, also nicht auf einer öffentlich-rechtlichen Vorzugsstellung. Es kann hinsichtlich der Zulässigkeit der Unterbietung keinen Unterschied machen, ob die Anstalt ein privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich organisiertes Nutzungsverhältnis hat.

Gerade bei der Preisunterbietung mit Hilfe öffentlicher Mittel kommen jedoch bei öffentlichen Leistungsträgern Sachverhalte vor, die an sich unter den Tatbestand des § 1 UWG fallen, bei denen das Vorgehen der öffentlichen Hand jedoch durch die Verfolgung eines öffentlichen Zwecks gerechtfertigt ist. Die durch Subventionen ermöglichten niedrigen Eintrittspreise öffentlicher Theater wurden schon als Beispiel genannt. Auch das RG ging in seiner Entscheidung über das »Haus der Jugend« offenbar davon aus, daß die Jugendlichen, für die es bestimmt war, dort mit Hilfe öffentlicher Zuschüsse beher-

---

[599] z. B. *Gütebier*, a.a.O., S. 49. Die Bezeichnung ist wenig glücklich, da der Mißbrauch nicht in der Erhebung der Abgaben, sondern in der Verwendung öffentlicher Mittel liegt.

[600] Zu eng daher *Gütebier*, a.a.O.; *Leidel*, a.a.O., S. 84; *Erckens*, a.a.O., S. 115.

[601] RGZ 126, 93.

bergt und verpflegt werden durften ohne Rücksicht darauf, daß auch schon dadurch die Preise der privaten Beherbergungsbetriebe bestimmungsgemäß unterboten wurden.

Neben kulturellen Einrichtungen und solchen der Jugendförderung können auch mannigfache andere öffentliche Interessen es rechtfertigen, daß Leistungen mit Hilfe öffentlicher Zuschüsse zu Preisen abgegeben werden, die unter denen der privaten Wirtschaft liegen, oder daß sie sogar kostenlos an die Leistungsempfänger, für die sie bestimmt sind, gelangen. Hierunter fallen z. B. soziale Zwecke (Sondertarife der öffentlichen Verkehrs- und Versorgungsunternehmen[602]) oder solche der Volksgesundheit (z. B. die Benutzung öffentlicher Krankenhäuser und Bäder). In allen Fällen muß aber der öffentliche Zweck gegen die mögliche Beeinträchtigung des privaten Gewerbes abgewogen werden. Eingriffe in den Bereich des Rechts am Unternehmen können — wenn sie mit privatrechtlichen Mitteln erfolgen — nur durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein, das anders nicht gewahrt werden kann. Nicht zu billigen ist daher die Auffassung *Gütebiers*[603], der eine Unterbietung privater Gärtner durch eine städtische Friedhofsgärtnerei unter Einsatz öffentlicher Mittel für erlaubt hält, wenn dadurch Minderbemittelten billig Grabpflanzen verkauft werden sollen, gleichgültig, ob dadurch private Gärtner geschädigt werden.

Während überwiegend anerkannt ist, daß Zwecke der Daseinsvorsorge, d. h. der Vermittlung von Leistungen an einzelne, auch bei einer Beeinträchtigung der Privatwirtschaft unter Umständen zulässig sein können, ist es sehr fraglich, ob auch darüber hinaus eine Preisunterbietung im allgemeinen volkswirtschaftlichen Interesse als Maßnahme der Wirtschaftslenkung zulässig ist. Darf ein überhöhtes und für die Gesamtwirtschaft schädliches Preisniveau dadurch herabgesetzt werden, daß die öffentlichen Unternehmen, die der betreffenden Branche angehören, die Preise unterbieten, indem sie die Leistung unter Verwendung öffentlicher Mittel zu besonders niedrigen Preisen abgeben[604]? *Kümmel*[605] bejaht anscheinend die Frage, *W. Voigt*[606] verneint sie ausdrücklich für den Fall, daß ein gemeindlicher Betrieb solche Inter-

---

[602] *v. Gamm*, GRUR 1959, 303; *Zeiß*, Das Eigenbetriebsrecht der gemeindlichen Betriebe, S. 54, verneint dagegen fürsorgerische Aufgaben der Gemeindebetriebe, Wohlfahrtsempfänger, Altersrentner usw. verbilligt zu versorgen.

[603] a.a.O., S. 50.

[604] Vgl. die »Yardstick Funktion« öffentlicher Unternehmen in der Wirtschaft der Vereinigten Staaten: *Mann*, Öffentliche Wirtschaft Nr. 3, S. 11.

[605] a.a.O., S. 37.

[606] a.a.O., S. 158.

ventionszwecke verfolgt. Er begründet dieses Ergebnis mit der Unzuständigkeit der Gemeinden zur Verfolgung allgemein volkswirtschaftlicher Zwecke. Die Zulässigkeit brächte nach seiner Auffassung weiter die Gefahr mit sich, daß die Körperschaft einen volkswirtschaftlichen Zweck nur vorschützte, um den Abnehmerkreis ihres eigenen Unternehmens zu erweitern.

Die Wirtschaftslenkung mittels erwerbswirtschaftlicher Unternehmen der öffentlichen Hand ist grundsätzlich nicht unzulässig[607]. Erfolgt aber die Unterbietung durch den Einsatz öffentlicher Mittel, so greift auch hier das UWG ein, wenn die Maßnahmen nicht im Wege der Interessenabwägung gerechtfertigt sind. Es ist dabei *Voigt* zuzustimmen, daß die Körperschaft, die Trägerin des unterbietenden öffentlichen Unternehmens ist, zur Wahrung von Belangen der Preisbildung zuständig sein muß. Die Wahrnehmung des öffentlichen Interesses, dem die Maßnahme dient, muß in ihren Aufgabenbereich fallen. Denn nur die zuständige Körperschaft und Behörde ist zur bestmöglichen Erfüllung des öffentlichen Zwecks in der Lage. Nur auf Grund ihrer Mittel und Möglichkeiten kann beurteilt werden, ob eine Beeinträchtigung privater Gewerbetreibender zur Herbeiführung des Interventionszieles tatsächlich notwendig ist. Eine Gemeinde ist nun nicht dazu berufen, überörtliche Belange der gesamten Volkswirtschaft wahrzunehmen, und daher auch nicht dazu befugt. Das folgt aus dem Grundsatz der Beschränkung des Wirkungskreises der Gemeinden auf die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, wie er z. B. aus Art. 1 und 6 BayGO hervorgeht. Dagegen ist bei staatlichen Unternehmen die Befugnis zu intervenierenden Maßnahmen nicht zu bezweifeln.

Fraglich kann nur sein, von welcher Stelle der Entschluß zu der preisregulierenden Unterbietung ausgehen soll. Wegen der volkswirtschaftlichen Tragweite einer solchen Entscheidung kann man zweifeln, ob die Unternehmensleitungen hierfür für befugt zu halten sind oder ob nur der Ressortminister oder eine von ihm ermächtigte Stelle die Befugnis zu einer Interventionsmaßnahme haben. Zu weit gehend verlangt *Strickrodt*[608] sogar einen Parlamentsbeschluß; es handelt sich aber um einen Akt der vollziehenden Gewalt.

Oftmals wird die Unterbietung zu Interventionszwecken dazu führen, daß sich der Abnehmerkreis der öffentlichen Unternehmen vergrößert und somit der Umfang der öffentlichen Wirtschaft zum Nachteil der Privatwirtschaft

---

[607] *Hamann*, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 98; Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 75; *Schüle*, VVDSt. 11, 86.

[608] Die gewerblichen Staatsunternehmen, S. 13.

sich ausdehnt. Ein Wachstum der öffentlichen Wirtschaft ist aber – anders als in den Fällen der Versorgung einzelner mit einer bestimmten Leistung, wenn die öffentliche Hand den Versorgungszweck besser erfüllt als Privatunternehmen – hier nicht gerechtfertigt. Die im Interesse allgemeiner volkswirtschaftlicher Belange erfolgende Unterbietung soll lediglich eine vorübergehende Maßnahme sein. Es wird sich aber nicht vermeiden lassen, daß die durch die niedrigeren Preise gewonnenen Kunden der öffentlichen Hand zum Teil auch nach Beendigung der Interventionsmaßnahme erhalten bleiben, diese also im Ergebnis einen nicht berechtigten Wettbewerbsvorsprung erlangt. Es werden daher die Bestimmung eines Stopppreises oder ähnliche Maßnahmen die Privatwirtschaft nicht selten weniger beeinträchtigen als die scheinbar marktkonforme Unterbietung, da sie eine Verschiebung des Wirtschaftsanteils der öffentlichen Hand bewirkt[609].

Gründe der allgemeinen Wirtschaftsintervention werden daher selten ein Abgehen von den Regeln, die für die Preisunterbietung durch die öffentliche Hand gelten, rechtfertigen. Dagegen ist natürlich auch hier eine Unterbietung, die auf der eigenen Leistungsfähigkeit des öffentlichen Unternehmens beruht, zulässig, gleichgültig, ob dadurch nur eine Erwerbsabsicht oder Interventionsziele verfolgt werden. Soweit ein öffentliches Unternehmen nicht gegen die Grundsätze des Leistungswettbewerbs verstößt, ist es ihm überlassen, inwieweit es gesamtwirtschaftliche Ziele verfolgen will. Einer Trennung von Erwerbsstreben und Intervention bedarf es dann nicht, auch nicht einer Offenlegung der Interventionsabsicht, wie sie *Strickrodt*[610] fordert, weil diese für die Mitwerber gleichgültig ist.

VI. Einsatz öffentlicher Mittel und Einrichtungen der Verwaltung als Wettbewerbstatbestand?

Das zur Errichtung eines öffentlichen Unternehmens erforderliche Kapital rührt zumeist aus öffentlichen Mitteln her, die größtenteils durch Abgaben aufgebracht wurden, also in einer Form, die nur juristischen Personen des öffentlichen Rechts zugänglich ist. Es wurde bereits dargelegt, daß deshalb die Gründung öffentlicher Unternehmen oder ihr Betrieb nicht schlechthin durch das Wettbewerbsrecht verboten ist. An dieser Stelle ist daher nicht mehr die Erstausstattung öffentlicher Unternehmen mit öffentlichen Mitteln

[609] Vgl. *v. Gamm*, GRUR 1959, 303.

[610] a.a.O.

zu erörtern, sondern die Frage, ob die öffentliche Hand ihren Unternehmen oder Leistungsverwaltungen während der Dauer ihres Bestehens Zuschüsse finanzieller Art gewähren darf. Es kann sich dabei um einmalige Zuwendungen, z. B. als Hilfe zur Überwindung einer Krise für das Unternehmen, oder auch um laufende Zahlungen handeln.

Betriebszuschüsse dieser Art rühren aus dem öffentlichen Tätigkeitsbereich des Staates oder der juristischen Personen her. Eine Verletzung der Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen liegt aber dann nicht vor, wenn die Vorteile beiden Unternehmensgruppen gleichmäßig zugute kommen. Das ist bei der öffentlichen Subventionierung der Fall, deren Empfänger ja nicht nur private, sondern auch öffentliche Unternehmen, namentlich in der Rechtsform der juristischen Person des Privatrechts, sein können. Gleichbehandlung ist dabei, wie allgemein, nicht als ziffermäßige Gleichheit, sondern als Willkürverbot aufzufassen. Soweit daher öffentliche Unternehmen Mittel im Rahmen einer allgemeinen Subventionierung erlangen, scheidet schon von vornherein ein Wettbewerbsverstoß aus.

Damit verbleiben nur noch die Fälle als problematisch, wo allein ein öffentliches Unternehmen Zuschüsse aus öffentlichen Kassen erlangt. Eine derartige Bewegung von Finanzmitteln setzt begrifflich voraus, daß zwei getrennte Vermögensmassen, die der zuwendenden Körperschaft und die des empfangenden Unternehmens, vorhanden sind. Das ist aber nicht stets der Fall. Auch ein gewerbliches Unternehmen kann in der Form eines sogenannten Regiebetriebs geführt werden, d. h. in einen Verwaltungskörper in der Weise eingegliedert sein, daß getrennte Vermögensmassen nicht bestehen[611] und auch eine haushaltsmäßige Trennung nicht erfolgt[612]. Erst recht werden verwaltungsmäßige Leistungstätigkeiten häufig innerhalb einer auf andere Ziele gerichteten Verwaltungsorganisation entfaltet. Als Beispiel kann auch hier der schon vielfach angeführte Steuerfibelfall des KG[613] genannt werden.

Bei Wirtschaftstätigkeiten dieser Art bildet allein die Finanzkraft der Trägerkörperschaft, z. B. der Gemeinde oder des Staates, theoretisch die Grenze der für die wirtschaftliche Betätigung zur Verfügung stehenden Mittel. Deshalb diese Organisationsformen für wettbewerbswidrig zu er-

[611] Eine Trennung kann aber aus steuerlichen Gründen erforderlich sein, vgl. § 1 Nr. 6 KStG, § 1—6 KStDV.

[612] Ein Beispiel hierfür bietet das Urteil des RG in RGZ 124, 239.

[613] GRUR 1957, 298.

klären, kann aber ernstlich nicht in Frage kommen. Gerade wenn eine Wirtschaftstätigkeit nur Hilfsfunktion einer in der Hauptsache auf andere Ziele gerichteten Verwaltung ist, wäre es volkswirtschaftlich kaum vertretbar, hierfür die Gründung einer besonderen juristischen Person, z. B. einer GmbH, zu verlangen. Es kann durchaus ein schutzwürdiges Bedürfnis dafür bestehen, daß Nebenleistungen, und nicht nur diese, im Rahmen der Verwaltungsorganisation erbracht werden.

Da es aber in vielen Fällen nur von der Entschließung der betreffenden Körperschaft abhängt, ob sie ein Unternehmen in der Form eines Regiebetriebs oder in vermögensmäßig verselbständigter Form führen will, wäre es nicht gerechtfertigt, für beide verschiedene Wettbewerbsgrundsätze aufzustellen. Genauso wie bei einem nicht verselbständigten Unternehmen die hauptsächlich aus Abgaben aufgebrachten Mittel für den Wettbewerb Verwendung finden können, sofern damit keine Preisunterbietung erfolgt, kann es auch grundsätzlich nicht untersagt sein, daß die juristischen Personen des öffentlichen Rechts den verselbständigten Unternehmen Betriebszuschüsse gewähren. Es kann schließlich keinen Unterschied machen, ob die öffentlichen Mittel dem Unternehmen als Erstausstattung bei der Gründung gewährt werden oder ihm später zufließen.

Für Zuschüsse aus öffentlichen Mitteln kann ein billigenswerter Grund in der wirtschaftlichen Lage eines öffentlichen Unternehmens liegen. Das Wettbewerbsrecht kann nicht fordern, daß eine Körperschaft das ihr gehörige Unternehmen in Konkurs gehen läßt, weil ihr die Deckung der auftretenden Fehlbeträge verwehrt ist. Darin läge nicht nur eine Vergeudung öffentlichen Vermögens, sondern gegebenenfalls auch eine Beeinträchtigung der Gesamtwirtschaft, wenn es sich um ein größeres Unternehmen handelt. Die Stützung des Unternehmens muß, genauso wie bei einem Privatunternehmen in der entsprechenden Lage, sogar gefordert werden.

Es kann daher nicht als zutreffend angesehen werden, wenn die »Risiko- und Fehlbetragsdeckung« als solche schon als unlauter bezeichnet wird[614]. Die Deckung von Verlusten, die durch ein wirtschaftlich nicht vertretbares Geschäftsrisiko entstanden sind, welches das öffentliche Unternehmen im Vertrauen auf späteren Ersatz eingegangen ist, kann nicht in die gleiche Reihe mit notwendigen Sanierungsmaßnahmen gestellt werden, die größere Verluste und Schäden abwehren sollen. Dabei ist gleichgültig, ob die schlechte Wirtschaftslage des Unternehmens durch einmalige Zahlungen behoben werden kann oder ob das Unternehmen laufende Zuschüsse erfordert. Auch im

[614] *Gütebier*, Der unlautere Wettbewerb der öffentlichen Hand, S. 49.

letzteren Fall stellt die Subventionierung nicht schon unlauteren Wettbewerb dar[615].

In Lehre und Rechtsprechung[616] wird auch die Auffassung vertreten, der Einsatz von Mitteln, die für eine öffentliche Aufgabe zweckgebunden seien, für die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand sei wettbewerbswidrig. Es kommt hier aber nur ein Verstoß gegen den Haushaltsplan oder haushaltsrechtliche Bestimmungen in Frage. Auch soweit es sich um Rechtsnormen handelt, binden diese doch nur die öffentliche Hand, nicht auch die privaten Mitbewerber. Ein Verstoß gegen außerwettbewerbliche Normen bewirkt aber nur dann die Unlauterkeit des Verhaltens, wenn die Normen für beide Teile gleichmäßig gelten, sonst wird durch den Rechtsbruch die Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen nicht berührt. Es darf auch nicht übersehen werden, daß Bestehen und Verletzung von Haushaltsvorschriften Interna der öffentlichen Verwaltung sind. Aus welchen Quellen die öffentliche Hand ihre wirtschaftliche Betätigung speist, berührt nur sie selbst, nicht den Mitbewerber. Die Haushaltsvorschriften bestehen im Interesse der Finanzwirtschaft, nicht aber, um auch Belange der Privatwirtschaft zu wahren.

Zuschüsse aus öffentlichen Mitteln sind auch nicht deshalb wettbewerbswidrig, weil diese im Wege der Abgabenerhebung auch mit von den Konkurrenten der öffentlichen Hand aufgebracht worden sind. Soweit die Formulierung des RG[617] diese Annahme nahelegt, kann dem Gericht nicht gefolgt werden. Es gelten hier die gleichen Gründe, wie sie bei der Entscheidung der Frage, ob die Gründung eines öffentlichen Unternehmens aus öffentlichen Mitteln wettbewerbswidrig ist, schon angeführt wurden[618].

Zusammenfassend ist somit festzustellen, daß Zuschüsse für ein öffentliches Unternehmen aus öffentlichen Mitteln grundsätzlich zulässig sind. Nur in Verbindung mit der Art und Weise ihrer Verwendung kann der Vorwurf der Unlauterkeit erhoben werden. Dabei kommen insbesondere die Preisunterbietung und die Deckung unwirtschaftlicher Risiken in Betracht.

Die gleichen Probleme tauchen auf, wenn nicht Geld- und Kapitalmittel öffentlich-rechtlicher Herkunft, sondern Verwaltungsvermögen und die Leistung öffentlicher Bediensteter zur Unterstützung des Wettbewerbs öffent-

---

[615] a. A. auch *Voigt*, S. 159.

[616] *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., UWG I, Allg., Anm. 96; OLG München in WRP 1958, 51.

[617] RGZ 138, 174.

[618] I. Teil, 2. Abschn., Z. IV.

licher Unternehmen herangezogen werden. In den vorhergehenden Ausführungen wurde bereits in Sonderfällen das Vorliegen unlauteren Wettbewerbs angenommen, wenn öffentliche Leistungsträger fremde Verwaltungsorganisationen in ihren Dienst stellen und dabei die Kundgebung öffentlicher Bediensteter einen Autoritätsmißbrauch darstellt oder die Verwaltungsorganisation dazu verwendet wird, Geschäftsbeziehungen zu Kunden herzustellen, oder wenn damit eine Preisunterbietung verbunden ist. Man kann die Frage aufwerfen, ob darüber hinaus die Verwendung von Verwaltungseinrichtungen für den Wettbewerb unzulässig ist, ohne daß die genannten Sonderfälle vorliegen. Darf z. B. eine öffentliche Versicherung gewisse Arbeiten, die zu ihrem Geschäftsbetrieb gehören, von den Behörden der allgemeinen inneren Verwaltung erledigen lassen oder Zahlenmaterial durch die Finanzämter oder statistischen Ämter auswerten lassen, ohne daß gesetzliche Vorschriften eine solche Inanspruchnahme vorsehen? Darf ein Kreisvermessungsamt gegen Entgelt Privatmessungen vornehmen, ohne dabei die privaten Landmesser zu unterbieten? Ist die Bundespost oder -bahn oder ein gemeindlicher Linienomnibusbetrieb befugt, mit den Fahrzeugen oder Zügen, die sonst dem Linienverkehr dienen, in der Absicht, Einnahmen zu erzielen, Sonderfahrten durchzuführen?

Löffler[619] zählt zu den nur der öffentlichen Hand auf Grund ihrer Sonderstellung zur Verfügung stehenden und daher untersagten Mitteln und Möglichkeiten zum Wettbewerb auch Verwaltungseinrichtungen, wie z. B. die Sendeanlagen der ehemaligen Reichspost. Den gleichen Standpunkt vertritt *v. Gamm*[620], demzufolge sachliche Einrichtungen der Hoheitsverwaltung und deren Personal nicht gleichzeitig für die erwerbswirtschaftliche Betätigung verwendet werden dürfen. Auch *Götte*[621] hält schon die rein mechanische Mitwirkung einer Behörde für sittenwidrig. *Löffler* beruft sich zum Nachweis für seine Ansicht auf die Entscheidung des RG über die Fragebogenaktion einer öffentlichen Feuerversicherungsanstalt[622]. Aus ihr muß jedoch das Gegenteil entnommen werden. Das RG geht dort davon aus, das Moment der Sittenwidrigkeit sei noch nicht mit der Indienststellung der Organisation der unteren Verwaltungsbehörden (Ersparung von Porto und Erleichterung des eigenen Betriebs) gegeben, sondern allein durch die unzulässige Einwirkung auf die Empfänger der Fragebogen mittels amtlicher Autorität und dem sich aus dieser ergebenden Einfluß auf die Versicherungsnehmer.

---

[619] BB 1956, 729.
[620] GRUR 1959, 303.
[621] a.a.O., S. 64; a. A. *Erckens*, a.a.O., S. 118 ff.
[622] RGZ 116, 28 = JW 1927, 1102.

Bei dem vorliegenden Problem können zwei verschiedene Fallgruppen unterschieden werden, nämlich die Beanspruchung von Verwaltungseinrichtungen, ohne daß dabei die Erfüllung des Zwecks, für den sie bestimmt sind, beeinträchtigt wird, und Fälle, wo sich die Verwendung für den hauptsächlichen Zweck und die wirtschaftliche Betätigung nicht zugleich ermöglichen läßt, vielmehr bei dem Gebrauch zum Wettbewerb eine Zweckentfremdung stattfinden muß[623].

Bei den erstgenannten Fällen erfolgt die Indienststellung für den Wettbewerb zusätzlich, akzidentell[624]. Es ist daher für die Erfüllung der Aufgabe der Verwaltung, für die die Gegenstände bestimmt sind, gleichgültig, ob diese auch nebenher wettbewerblichen Zwecken dienen. Die Widmung für den öffentlichen Zweck wird hiervon nicht berührt. Der Hauptfall ist die Reklame in Amtsräumen und sonstigen amtlichen Einrichtungen. Daß die darin befindlichen Anschlagmöglichkeiten genutzt werden, beeinträchtigt die Verwendung des Raumes zu amtlichen Zwecken nicht. Man kann daher nicht davon sprechen, daß hierbei eine Möglichkeit zum Wettbewerb ausgenutzt wird, die lediglich auf der öffentlich-rechtlichen Funktion der betreffenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts beruht. Vielmehr ist die Grundlage der Nutzung zu Zwecken des Wettbewerbs das privatrechtliche Eigentum oder Mietrecht der Behörde an den Amtsräumen oder Einrichtungen. Wie jede Privatperson, kann auch der Staat und seine Körperschaften sein Eigentum zu Erwerbszwecken wettbewerblich nutzen[625]. Die Reklame in Amtsräumen wird auch, soweit ersichtlich, allgemein für zulässig erachtet[626]. Selbstverständlich darf damit kein Vertrauensmißbrauch verbunden sein.

Umstritten ist dagegen, ob persönliche und sachliche Mittel der Verwaltung auch unter Zweckentfremdung für den Wettbewerb dienstbar gemacht werden dürfen. In aller Regel handelt es sich darum, daß nicht voll genützte Teile der Verwaltungsorganisation zu gewinnbringenden Zwecken verwandt werden. Ein solches Verfahren ist vom finanzwirtschaftlichen Standpunkt zu begrüßen, denn durch die rationellere Nutzung werden die vom Steuerzahler zum Unterhalt des Verwaltungsapparats aufzubringenden Mittel vermindert. Aber auch in wettbewerblicher Betrachtung lassen sich keine entscheidenden Gesichtspunkte dagegen geltend machen. Das ergibt sich aus der Überlegung, daß der Staat und die sonstigen Körperschaften des öffentlichen

---

[623] Vgl. auch *Jürgens*, Verw.Arch. 53, 134.

[624] *Forsthoff*, DÖV 1957, 97.

[625] Vgl. auch oben III.

[626] LG München in WRP 1957, 109.

Rechts anstatt vorhandenes, nicht voll ausgenutztes Verwaltungsvermögen zu eigenwirtschaftlichen Zwecken zu verwenden, auch ein gewerbliches Unternehmen der gleichen Art errichten könnten, wobei sie dessen Inventar aus Steuergeldern anschaffen und gegebenenfalls durch Zuschüsse unterhalten könnten. Wie schon dargelegt, wäre ein solcher Betrieb nicht wettbewerblich zu beanstanden. Es kann aber keinen Unterschied machen, ob das notwendige Betriebsvermögen erst durch das gewerbliche Unternehmen angeschafft oder ob es ihm bereits als Sachleistungen gewährt wird. Ferner muß es gleichgültig sein, ob diese Gegenstände zu Eigentum oder nur zur Nutzung überlassen werden, ob die Bediensteten des Unternehmens unmittelbar aus dessen Erträgnissen bezahlt werden oder ob die Gewinne erst der Mutterkörperschaft zufließen, die dann die Bediensteten aus ihren allgemeinen Mitteln entlohnt.

Es muß hier also auch zwischen der geschäftlichen Betätigung, wie sie nach außen hervortritt, und den inneren Verhältnissen des Unternehmens geschieden werden. Die bloße innere Organisation kann die Mitbewerber nicht beeinträchtigen, soweit sie keine Unterschiede im Auftreten nach außen hervorruft. Die Wettbewerbsfähigkeit wird nicht davon berührt, in welcher Weise die sachlichen und persönlichen Mittel aufgebracht werden. Die Möglichkeit, sich der Mithilfe der Verwaltungsorganisation zu bedienen, betrifft nur die Voraussetzungen für den Wettbewerbskampf, ähnlich wie die Größe der Kapitalausstattung. Erst die Art und Weise des Auftretens im Wettbewerb kann Unlauterkeit begründen, z. B. die Preisunterbietung, die auf der Grundlage öffentlicher Mittel erfolgt.

Dieses Ergebnis wurde durch den Gesetzgeber bestätigt. Nach § 14 Abs. 1 des inzwischen außer Kraft getretenen Personenbeförderungsgesetzes vom 6. Dezember 1937 bedurften die Reichspost und Reichsbahn keiner Genehmigung für Gelegenheitsverkehr, der mit Fahrzeugen des Linienverkehrs ausgeführt wurde. Der Gesetzgeber ging also von der Zulässigkeit eines solchen Wettbewerbsverhaltens aus. Die Verwendung der zum Linienverkehr als öffentliche (und im Fall der Post sogar hoheitliche) Aufgabe dienenden Fahrzeuge ist daher nicht schon als solche unlauterer Wettbewerb[627]. Der Einsatz öffentlicher Einrichtungen der Verwaltung stellt nur dann ein wettbewerbswidriges Verhalten dar, wenn damit ein Vertrauensmißbrauch verbunden ist oder wenn sie in die Absatzförderung eingeschaltet werden, indem auf dieser Grundlage geschäftliche Beziehungen zu Abnehmern angeknüpft werden.

---

[627] Vgl. BGH 19, 85, 91.

VII. Der Monopolmißbrauch der öffentlichen Hand

Unter diesem Stichwort soll nicht die Frage untersucht werden, ob die öffentliche Hand eine Monopolstellung für ihren eigenen Wettbewerb ausnützen darf – siehe darüber die vorhergehenden Kapitel –, sondern ob sie auf Grund einer Monopolstellung einer Beschränkung ihrer Vertragsfreiheit, insbesondere also einem Abschlußzwang, unterliegt.

Bereits im allgemeinen Abschnitt wurde versucht, nachzuweisen, daß für die öffentliche Hand keine strengeren Anforderungen gelten, wenn sie Wettbewerbshandlungen vornimmt, die auch Privatunternehmen offenstehen. Daher gelten für sie auch keine Sonderregeln, wenn sie eine Monopolstellung einnimmt, die auch bei Privatunternehmen gegeben sein könnte. Problematisch sind dagegen die Fälle, wo die Monopolstellung der öffentlichen Hand eigentümlich ist, also mit ihrer Eigenschaft als Trägerin der öffentlichen Verwaltung zusammenhängt. Die Abgrenzung und wettbewerbliche Behandlung der beiden Arten von Monopolstellung bedürfen noch näherer Erörterung. Dabei soll zwischen einem Anbietermonopol und Abnehmermonopol der öffentlichen Hand unterschieden werden.

1. Anbietermonopol

Bei den Fällen, wo der öffentlichen Hand ein Anbietermonopol zukommt, treten keine besonderen Schwierigkeiten auf, wenn die öffentliche Hand eigene wirtschaftliche Güter oder Leistungen an Privatunternehmer weitergibt. (Die Lieferung an Endverbraucher kann hier im Rahmen des Wettbewerbsrechts außer Betracht bleiben.) Ein Kontrahierungszwang besteht nur im gleichen Umfang wie bei Privatunternehmen. So ist ein städtischer Schlachthof, der Eis an die städtische Brauerei liefert, nicht verpflichtet, auch private Biervertretungen und Brauereien zu beliefern, wenn diese ihren Bedarf von auswärts beziehen oder selbst Eismaschinen anschaffen können[628]. Hierbei gilt nunmehr außer § 826 BGB, § 1 UWG der § 26 Abs. 2 GWB, wenn die Marktstellung zum Nachteil eines anderen Unternehmers benutzt wird.

Dagegen findet das GWB in der Regel keine Anwendung, wenn die öffentliche Hand nicht als Unternehmerin auftritt, sondern als Eigentümerin gewerblich nutzbarer Gegenstände, deren Verwertung durch andere Unternehmer von ihrer Zustimmung abhängt. Viele private Unternehmen können mehr oder minder von einer solchen Gestattung der öffentlichen Hand ab-

[628] *Herzog*, KartRdSch. 1929, 95.

hängig sein. Z. B. sind private Versorgungs- und Verkehrsbetriebe und der Straßenhandel, soweit er über den Gemeingebrauch hinausgeht, auf die Erlaubnis der Gemeinwesen zur Straßenbenützung angewiesen, Bestattungsunternehmen und Friedhofsgärtnereien auf die Befugnis zum Betreten der Beerdigungsplätze, die privaten Hersteller von Fernsprechbüchern auf die Mitteilung amtlichen Materials u. ä.

Auch hier kann der öffentlichen Hand eine Monopolstellung zukommen, wie sie auch bei einem Privatunternehmen vorkommt, z. B. bezüglich eines zum Fiskalvermögen gehörigen Grundstücks. Das OLG Frankfurt[629] hat eine Stadtreklame-GmbH hinsichtlich ihrer Monopolstellung zutreffend nicht anders wie eine private Monopolinhaberin behandelt. Die GmbH ist danach nicht verpflichtet, mit einem Privatunternehmen einen Vertrag über eine Beteiligung am Anschlag zu Bedingungen, die diesem genehm sind, abzuschließen. Ein Abschlußzwang besteht grundsätzlich nur bei lebenswichtigen Gütern des allgemeinen Bedarfs. Hier bestand dagegen keine Zwangslage, weil das Privatunternehmen nicht dringend auf die Erschließung weiterer Aufstellplätze angewiesen war.

Noch nicht abschließend geklärt ist dagegen die Rechtslage, wenn die öffentliche Hand eine Monopolstellung einnimmt, die aus ihrer Stellung als Trägerin der öffentlichen Verwaltung hervorgegangen ist. Umstritten ist, ob ein Anspruch auf Benutzung von Verwaltungsvermögen durch private Gewerbetreibende besteht, wenn die Inanspruchnahme über den allen zustehenden Gemeingebrauch hinausgeht.

Mit der gewerblichen Nutzung von Verkehrsflächen befaßt sich eine neuere Entscheidung des BGH[630], in der dieser den Vertrag eines Privatunternehmens mit einer Stadtgemeinde über die Benutzung der Straßen durch ein Verkaufsfahrzeug für sittenwidrig erklärte, weil das geforderte Entgelt überhöht gewesen sei. Das Gericht legt dar, die Stadtgemeinde habe als Monopolinhaberin bei dem Abschluß des Vertrags die Zwangslage des Vertragsgegners sittenwidrig ausgenutzt. Die Stadt habe hinsichtlich ihrer Straßen eine Monopolstellung inne, die nicht mit der Stellung eines privaten Grundstückseigentümers verglichen werden könne, da dieser im Wettbewerb mit anderen Grundstückseigentümern stehe. Um die Ausnützung der Zwangslage sittenwidrig zu machen, müsse nicht die Existenz des Gewerbes von der Straßenbenutzung abhängen. Weder die zulässige Wahrnehmung fiska-

---

[629] WuW 1959, 281 (Städtereklame II).

[630] WuW 1959, 225 (Nante) mit insoweit zust. Anm. von *Herrmann*, MDR 1959, 116.

lischer Interessen noch der verkehrstechnische Zweck der Beschränkung der Zahl derartiger Verkaufsfahrzeuge rechtfertigten einen überhöhten Monopolpreis. Die hier insbesondere interessierende Frage, ob die Stadt einem Kontrahierungszwang unterlag, hat der BGH ausdrücklich offengelassen.

Das Bestehen einer Zwangslage erscheint nicht überzeugend begründet. Zwar ist die Annahme einer solchen nicht davon abhängig, daß die Existenz des Gewerbes bedroht ist, doch muß wenigstens eine erhebliche und unzumutbare Beeinträchtigung zu befürchten sein. Die bloße Verhinderung einer wünschenswerten Ausdehnung der geschäftlichen Betätigung begründet m. E. noch keine Zwangslage[631]. Auch wenn sich nach der Auffassung des BGH[632] das Eigentum an Verkehrsräumen ganz wesentlich von dem übrigen Privateigentum unterscheidet und ein Rechtsinstitut eigener Art darstellt, bei dem das öffentliche Interesse eine überragende Rolle spielt, kann das nur zu einer stärkeren Wahrung verkehrstechnischer Belange, nicht aber zu einer Besserstellung privater Unternehmer führen.

Auch *Tetzner*[633] geht zu weit, wenn er einen Abschlußzwang annimmt, weil die juristischen Personen des öffentlichen Rechts das »öffentliche Eigentum« nur treuhänderisch verwalteten. Ein Treuhandverhältnis im Rechtssinne besteht nicht.

Für das Straßen- und Wegerecht sind nunmehr die gesetzlichen Regelungen in § 8 BFStrG und Art. 18–22 BayStrWG zu beachten. Danach richtet sich die Einräumung von Rechten zur Benutzung des Straßeneigentums grundsätzlich nach öffentlichem Recht, wenn durch sie der Gemeingebrauch beeinträchtigt werden kann (z. B. durch Aufstellung eines Verkaufsstandes auf dem Gehweg), dagegen nach bürgerlichem Recht, wenn das nicht der Fall ist. Einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis räumen die Gesetze nicht ein[634]. Soweit die Nutzung dem bürgerlichen Recht unterliegt und jeweils im Einzelfall durch Vertrag gewährt wird, ist ein Rechtsanspruch auf Abschluß eines Vertrags ebenfalls zu verneinen[365]. Eine Gemeinde ist daher z. B. nicht verpflichtet, eine in ihrem Eigentum stehende Parkfläche einem Unternehmen zur Ausübung eines Bewachungsgewerbes zu überlassen oder selbst in dieser Weise zu nutzen.

---

[631] Vgl. LG Köln in NJW 1949, 715 (Verweigerung eines Stands auf einer Messe).

[632] BGHZ 15, 113.

[633] a.a.O., § 1, Anm. 104.

[634] *Sieder-Zeitler,* Bay. Str.WG Art. 18, Anm. 18.

[635] *Sieder-Zeitler,* Bay. Str.WG Art. 22, Anm. 2.

Davon zu unterscheiden ist die Rechtslage, die eintritt, wenn die Verwaltung einem – sei es privaten oder öffentlichen – Unternehmen die Nutzung ihres Eigentums gestattet. Es fragt sich dann, ob der Gleichheitsgrundsatz sie dazu verpflichtet, die Benutzung auch anderen Bewerbern zu den gleichen Bedingungen zu ermöglichen. Ist die Nutzung öffentlich-rechtlich geregelt, so ist Art. 3 GG unmittelbar anwendbar. Ein Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis besteht dann, wenn die Versagung unter allen Umständen ermessensfehlerhaft wäre. Dagegen ist zweifelhaft, ob die öffentliche Verwaltung auch dann an den Gleichheitsgrundsatz gebunden ist, wenn sie ihr Eigentum auf Grund privatrechtlicher Vereinbarungen oder Gestattungen zur Verfügung stellt, was unter Umständen auch stillschweigend dadurch geschehen kann, daß sie von ihr zustehenden Untersagungsrechten keinen Gebrauch macht.

Der BGH[636] hat die Befugnis einer Gemeinde, einen Berufsfotografen vom Betreten des Rathauses auszuschließen, unter den Gleichheitsgrundsatz gestellt, da dieser Grundsatz die öffentliche Verwaltung auch dort binde, wo sie sich bei der unmittelbaren Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgaben privatrechtlicher Formen bediene. Die Annahme, es handle sich bei dem Hausverbot um mit Mitteln des Privatrechts vollzogene öffentliche Verwaltung, ist aber nicht unbedenklich. Da die öffentliche Zweckbindung des Rathauses, wie der BGH feststellt, nicht die Möglichkeit umfaßt, sich auf dem Grundstück gewerblich betätigen zu können, nimmt die Gemeinde eine Maßnahme vor, die jeder Privateigentümer auch vornehmen könnte. Es ist schwerlich ersichtlich, inwiefern die Zulassung oder der Ausschluß von Gewerbetreibenden in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe erfolgt sein könnte. Die Rechtslage ist nicht anders, als wenn die Gemeinde eine Entscheidung über die Vermietung ihres Ratskellers trifft. Zu einer Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes kann man m. E. nur dann kommen, wenn man entweder auch die reine Fiskaltätigkeit den Grundrechten unterwirft[637] oder mit *Leisner*[638] nicht die Zugehörigkeit einer Betätigung zum Verwaltungsprivatrecht, sondern die Monopolstellung der öffentlichen Verwaltung ausschlaggebend sein läßt.

Dagegen kann ein Anspruch auf Zulassung zur Benutzung öffentlichen Eigentums auf Grund Monopolmißbrauchs dann gegeben sein, wenn das Monopol der öffentlichen Hand auf ihrer öffentlich-rechtlichen Stellung

---

[636] NJW 1961, 308.

[637] So *Löw*, DÖV 1957, 880.

[638] a.a.O., S. 206, 208.

beruht und von ihr zur Erzielung von Einnahmen ausgenutzt wird, ohne daß das Gesetz – wie bei den Finanzmonopolen – eine solche Auswertung gestattet. Insbesondere kann die finanzielle Ausbeutung der sog. Verwaltungsmonopole[639], soweit sie über das zur Erreichung des Monopolzwecks Erforderliche hinausgeht, mißbräuchlich sein[640]. So kann eine Verpflichtung der Bundespost auf Grund ihrer öffentlich-rechtlichen Position zu bejahen sein, Material zur Herstellung privater Fernsprechverzeichnisse (die sog. Berichtigungsblätter und amtlichen Nachträge) allen Verlagen zur Verfügung zu stellen, die Gewähr für eine sachliche und ordnungsgemäße Auswertung bieten[641]. Anspruchsgrundlage hierfür wäre, wie bei anderen Fällen von Monopolmißbrauch auch, § 826 BGB. Ein Mißbrauch der Stellung der Bundespost ist aber zu verneinen, wenn billigenswerte Gründe – die nicht fiskalische sein dürfen – eine Beschränkung der Mitteilung des amtlichen Materials auf die Vertragsgesellschaften rechtfertigen. Z. B. muß eine Überprüfung der privaten Bücher auf ihre Zuverlässigkeit gewährleistet sein, damit nicht der Betrieb durch Fehlverbindungen beeinträchtigt wird. Eine Verpflichtung der Post wird gegebenenfalls auch nicht dahin angenommen werden können, daß sie das Material kostenlos, sondern nur zu gleichen und angemessenen Bedingungen an die Interessenten weiterzugeben hat.

Fraglich ist weiter, ob ein Anspruch aus § 1 UWG i. V. m. Art. 3 GG zu bejahen ist, wenn man der Rechtsprechung des BVG folgt, daß die Grundrechte Wertentscheidungen enthalten, die für die Auslegung der zivilrechtlichen Generalklauseln maßgeblich sind[642]. Dann müßte aber nicht nur für die öffentliche Hand, in ihrer fiskalischen Betätigung, sondern ganz allgemein im geschäftlichen Verkehr auf Grund des § 1 UWG ein Diskriminierungsverbot gelten, eine Folgerung, die zu weit gehen dürfte.

In diesem Zusammenhang gehört auch der von *Gütebier*[643] behandelte Fall, daß eine Gemeinde, die selbst ein Versorgungsunternehmen betreibt, ein gleichartiges Privatunternehmen zur Wegebenutzung nicht zuläßt. *Gütebier* hält das Verhalten für sittenwidrig, wenn die Gemeinde damit den Zweck verfolgt, von ihrem Betrieb unerwünschten Wettbewerb fernzuhal-

---

[639] *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 480.

[640] *Krafft*, WRP 1961, 95.

[641] *Krafft*, a.a.O.; dort auch zur Frage, ob die Post auf Grund ihres Regals einen Wettbewerb mit den Telefonbüchern ausschließen kann.

[642] *Krafft*, a.a.O.

[643] Der unlautere Wettbewerb, S. 44, 46.

ten[644]. Indes scheidet in derartigen Fällen ein Anspruch auf Zulassung von vornherein deshalb aus, weil die Versorgungskonzession für ein bestimmtes Gebiet nur einmal, also nicht an mehrere Bewerber vergeben werden kann[645]. Die öffentliche Hand kann aber nur verpflichtet sein, einem privaten Unternehmen die gleichen Rechte einzuräumen, die sie selbst beansprucht. Aus Gründen des Wettbewerbsrechts braucht sie dagegen nicht hinter Privatunternehmen zurückzutreten[646]. (Etwas anderes gilt nur, wenn Art. 75 BayGO eingreift.) Die öffentliche Hand kann daher entweder die Versorgung selbst übernehmen oder unter Ausschluß anderer Unternehmen einem bestimmten Privatunternehmen übertragen[647]. Ihr Verfügungsrecht ist insoweit nicht eingeschränkt.

Wiederholt Gegenstand der Rechtsprechung war die Frage, ob private Gewerbetreibende von der Betätigung auf öffentlichen Friedhöfen ausgeschlossen werden können, weil der Friedhofsträger die betreffenden Leistungen, insbesondere die Durchführung von Bestattungen und die Friedhofsgärtnerei, selbst erbringen will.

Die h. L. bejaht ein Ausschließungsrecht, das je nach der Organisation des Friedhofs auf das Eigentum am Bestattungsplatz oder die Anstaltsgewalt gestützt werden könne. Ein Verstoß gegen § 1 GewO liege dabei nicht vor, weil die Durchführung von Bestattungen durch den Friedhofsträger kein Gewerbe darstelle[648] und § 1 GewO jedenfalls nicht zum Betrieb eines Gewerbes auf fremden Grundstücken berechtigte[649]. Auch Art. 12 GG gebe kein solches Recht[650]. Ein eigenes Nutzungsrecht am Friedhofsgrundstück stehe den Gewerbetreibenden nicht zu, insbesondere nicht auf Grund Gemeingebrauchs[651]. Der Ausschluß der Gewerbetreibenden werde auch nicht durch den Widmungszweck des Friedhofs gehindert. Daraus ergebe sich nur die Verpflichtung, für eine würdige Bestattung und die angemessene Ausgestaltung des Friedhofs zu sorgen. Ihr werde genügt, wenn der Friedhofs-

---

[644] Das UWG verlangt nicht eine den eigenen Vorteil hintansetzende Berücksichtigung fremder Interessen.

[645] Eine Vergebung an mehrere Bewerber nacheinander und jeweils nur befristet wird meist wegen Unwirtschaftlichkeit ausscheiden.

[646] a. A. *W. Voigt,* a.a.O., S. 150.

[647] OLG München in JW 1914, 685.

[648] RG Reger 10, 327; 14, 213.

[649] *Gaedke,* Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, S. 66.

[650] a. A. anscheinend *Masson,* Bay.VBl. 1960, 59.

[651] RGZ 100, 213; OLG München in DVBl. 1952, 529; a. A. *Fleiner,* Einzelrecht und öffentliches Interesse, S. 37.

eigentümer geeignete Vorkehrungen hierfür treffe, es sei nicht erforderlich, daß jeder Gewerbetreibende die Handlungen vornehme[652]. Ein Monopolmißbrauch wird verneint, weil der Friedhofsträger die Einnahmen vornehmlich für die Pflege und den Unterhalt der Friedhofsanlagen verwende. Ein Mißbrauch liege nicht vor, wenn der öffentliche Wohlfahrtszweck überwiege und die Einnahmen vorwiegend ihm dienten. Auch an einem Verstoß gegen § 1 UWG fehle es, weil der Friedhofsträger sich nicht privatwirtschaftlich wie ein auf Gewinnerzielung bedachter Unternehmer betätige, wenn er die Einnahmen im öffentlichen Interesse für die Friedhofsanlagen verwende, auch sei die Benutzung des Eigentums durch den Eigentümer selbst zu Wettbewerbszwecken nicht wettbewerbsfremd[653].

Zu einem zum Teil anderen Ergebnis gelangt neuerdings der BayVGH[654], indem er davon ausgeht, daß der Gewerbetreibende nur die Rechte der Bestattungspflichtigen wahrnehme und daher nur soweit ausgeschlossen werden könne, als diesen selbst die Vornahme der betreffenden Handlungen untersagt werden könne. Eine Beschränkung des Bestattungspflichtigen hinsichtlich derjenigen Personen, durch die er seiner Bestattungspflicht genügen wolle, könne aber nicht auf Grund der Anstaltshoheit oder privatrechtlichen Verfügungsbefugnis, sondern nur durch Rechtsvorschriften eingeführt werden, die allgemein die Betätigung auf dem Friedhof regelten, z. B. durch eine Gemeindesatzung, die im Interesse der öffentlichen Gesundheit oder anderer wichtiger Gemeinschaftsgüter einen Benutzungszwang für gemeindliche Bestattungseinrichtungen festlege. Aus dieser Entscheidung kann entnommen werden, daß einer privaten Friedhofsgärtnerei die Betätigung auf dem Friedhof nicht versagt werden kann, weil überragende Gemeinschaftsgüter eine Beschränkung der Bestattungspflichtigen hinsichtlich der zur Grabpflege befugten Person nicht rechtfertigen können.

Wie aber *Masson*[655] hervorhebt, vermag die Entscheidung nicht schlüssig zu begründen, warum die Bestattungspflichtigen nicht durch die Anstaltsordnung (bzw. auf Grund des Friedhofseigentums) in ihrer Befugnis, Dritte zur Erfüllung der Bestattungspflicht heranzuziehen, beschränkt werden könnten und hierfür eine Rechtsvorschrift erforderlich sein soll. Aber auch die Auffassung des RG und des BGH können nicht befriedigen. Es ist nicht zu verkennen, daß mit der Verwaltungsleistung in Form der Überlassung eines

---

[652] RGZ 157, 246; OLG München, a.a.O.

[653] BGH in LM § 903, Nr. 3 – BGHZ 14, 294; 19, 130; *Schippel*, a.a.O., S. 111.

[654] Bay.VBl. 1960, 56.

[655] Bay.VBl. 1960, 59.

Grabes die Leistung des öffentlichen Bestattungsunternehmens und gegebenenfalls der Friedhofsgärtnerei der öffentlichen Hand gekoppelt werden. Für die Überlassung eines Bestattungsplatzes besteht aber eine Monopolstellung, und zwar nicht nur dann, wenn für den Friedhof Benutzungszwang eingeführt ist. Auch in anderen Fällen ist es nicht zumutbar, einen anderen Friedhof allein deshalb wählen zu müssen, um dem Zwang zur Benutzung der verbundenen gemeindlichen Einrichtungen enthoben zu sein, weil der Bestattungsplatz in der Regel durch eine vorhandene Grabstätte, die Wohnung der Hinterbliebenen oder den Wunsch des Verstorbenen bestimmt ist. Die Kopplung einer wirtschaftlichen Leistung mit einer öffentlich-rechtlichen Verwaltungsleistung ist aber sittenwidrig und unzulässig. Sie wird auch nicht dadurch erlaubt, daß die Einnahmen aus der wirtschaftlichen Betätigung öffentlichen Zwecken zugute kommen. Das ist bei jeder Art von Einnahmen der Fall, die der öffentlichen Hand zufließen. Der Fall liegt nicht anders, als wenn ein Elektrizitätswerk der öffentlichen Hand seine Stromlieferung von der Abnahme von Elektrogeräten abhängig machen wollte, wenn der Gewinn aus dem Gerätehandel der Ermäßigung der Tarife und dem Ausbau des Stromnetzes zugute käme. Die Unzulässigkeit eines solchen Verhaltens ist allgemein anerkannt und ergibt sich auch aus der ausdrücklichen Regelung des Art. 81 BayGO. Durch fiskalische Erwägungen kann ein Monopolmißbrauch nicht gerechtfertigt werden.

Selbst ohne eine Kopplung der Grabnutzung an die Inanspruchnahme der wirtschaftlichen Leistungen des Friedhofsträgers würde § 826 BGB eingreifen, denn, wie schon dargelegt, muß die Ausnutzung eines Verwaltungsmonopols, wie es das öffentliche Bestattungswesen mit sich bringt, zur Förderung einer Erwerbstätigkeit als sittenwidrig gelten. Das Verbot des Monopolmißbrauchs gilt auch im öffentlichen Recht[656], was von Bedeutung ist, wenn der Ausschluß privater Gewerbetreibender durch Satzung erfolgt.

Auch ein Verstoß gegen § 1 UWG muß angenommen werden. Daß eine Wettbewerbshandlung nicht deshalb entfällt, weil die Gewinne aus dem öffentlichen Unternehmen ausschließlich öffentlichen Zwecken zugeführt werden, wurde schon dargelegt. Zwar ist es auch der öffentlichen Hand unbenommen, ihr Eigentum selbst gewerblich zu verwerten, sie darf aber dabei keinen unzulässigen Vorsprung im Wettbewerb vor anderen Bewerbern erstreben. Hier fördert die öffentliche Hand aber unter Ausnutzung der Zwangslage, die von ihr bereitgestellten Begräbnisplätze benutzen zu müssen, ihren Wettbewerb mit Bestattungs- und gärtnerischen Leistungen. Das ist

[656] *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 363.

wettbewerbswidrig, und zwar unabhängig davon, ob eine politische Gemeinde oder eine Kirchengemeinde (die ebenfalls Körperschaft des öffentlichen Rechts ist) Eigentümerin des Friedhofs ist[657].

Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn rechtmäßig Benutzungszwang eingeführt worden ist, was aber nicht aus fiskalischen Gründen, sondern nur aus solchen des öffentlichen Wohls geschehen kann[658] und nur für Bestattungseinrichtungen und andere der Volksgesundheit dienende Einrichtungen, nicht aber für gemeindliche Friedhofsgärtnereien geschehen darf.

2. *Nachfragemonopol*

Auch Fälle, wo der öffentlichen Hand ein Nachfragemonopol zukommt, sind im Rahmen des Wettbewerbsrechts der öffentlichen Hand Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen gewesen.

Hier ist das Urteil des RG[659] zu nennen, das sich mit der Anordnung einer Versicherungspflicht für die Schüler höherer Lehranstalten durch das sächsische Ministerium für Volksbildung befaßt. Das Ministerium schloß zur Erfüllung der Versicherungspflicht einen Mantelversicherungsvertrag mit einer öffentlich-rechtlichen Versicherungsanstalt ab, in dessen Rahmen die Schüler Versicherungsverträge eingehen mußten, wenn sie es nicht vorzogen, sich bei einem privaten Unternehmen zu versichern. Das RG erblickte in der Bevorzugung der öffentlichen Versicherung keinen Monopolmißbrauch. Es sei Aufgabe des Ministeriums gewesen, für die Durchführung des angeordneten Versicherungszwangs zu sorgen. Bei Abschluß des Mantelversicherungsvertrages genieße auch das Ministerium Vertragsfreiheit.

Diese Auffassung ist zu billigen. Nur durch eine gemeinschaftliche Versicherung waren für die Schüler wirtschaftlich tragbare Bedingungen zu erreichen. Die Nachfrage der einzelnen Schüler nach der Versicherungsleistung ging dabei auf das Ministerium über und wurde in dessen Hand monopolisiert. Für das Ministerium war der Vertragsabschluß mit einer Versicherung bürgerlich-rechtliches Hilfsgeschäft zur Beschaffung von Verwaltungsbedarf[660].

---

[657] Im Ergebnis ebenso für gemeindliche Friedhöfe: *Tetzner*, a.a.O., § 1 UWG, Anm. 104, *Voigt*, a.a.O., S. 146; *Gütebier*, Der unlautere Wettbewerb der öffentlichen Hand, S. 47.

[658] Art. 24, Abs. 1, Nr. 2, Bay.GO; Bay.VGH 7, 12; Bay.VBl. 1961, 221.

[659] RGZ 128, 134.

[660] Es kann fraglich sein, ob hier überhaupt eine Handlung im geschäftlichen Verkehr vorlag. Bejahend. RG in JW 1935, 1861 für die Vergebung von Lieferungen an Mitglieder durch eine AOK, weil zwischen der AOK und den Lieferanten geschäftliche Beziehungen bestünden.

Da bei der Vergebung dieses öffentlichen Auftrags nur eine einzige Versicherung zum Zuge kommen konnte, ist es auch nicht zu beanstanden, wenn die öffentliche Versicherung beauftragt wurde. Fiskalische Überlegungen sind bei der echten Fiskalverwaltung nicht sachfremd. Der Staat kann nicht gezwungen sein, seine eigenen Unternehmen zu benachteiligen.

Fraglich ist dagegen, ob der Staat seine Unternehmen auch dann mit Aufträgen bevorzugen darf, wenn er bei einer gleichmäßigen Verteilung seiner Aufträge keine wirtschaftliche Einbuße oder erheblichen Mehraufwand an Verwaltung in Kauf nehmen müßte. So ist im Schrifttum die Frage besprochen worden, ob die Verwaltung bei der Zuweisung von Fürsorgekranken die öffentlichen Krankenanstalten bevorzugen dürfe. *Nipperdey*[661] nimmt einen Verstoß gegen § 826 BGB an, wenn die Verteilung der Fürsorgekranken nicht nach einem dem Verhältnis der Zahl der Betten der einzelnen Krankenhäuser entsprechenden Schlüssel erfolge, weil sich die mit der Vergebung befaßten Beamten solchenfalls von fürsorgefremden, sachwidrigen Gründen leiten ließen. Da es – wie vorausgesetzt – für die einzelnen Fürsorgekranken gleichgültig ist, wo ihre Behandlung durchgeführt wird, und Fürsorgepflichten gegenüber den Privatkrankenhäusern nicht bestehen, ist schwer einzusehen, inwiefern Erwägungen der Fürsorge hier überhaupt zum Zuge kommen könnten. Da die Gemeinden als Bezirksfürsorgeverbände zur Gewährung ärztlicher Behandlung verpflichtet sind, müssen sie ihren bestehenden Bedarf entweder auf dem Markt oder durch eigene Unternehmen decken. Die öffentliche Hand genießt aber bei der Vergebung ihrer Aufträge grundsätzlich Vertragsfreiheit[662]. Auch § 26 Abs. 2 GWB greift hier wohl nicht ein, weil nicht ein einzelnes Unternehmen diskriminiert wird.

Deckt die Verwaltung ihren Eigenbedarf durch Regiebetriebe und nicht auf dem privaten Markt, so liegt entgegen der Auffassung von *Nipperdey* auch kein Monopolmißbrauch vor[663]. Es kann nicht angenommen werden, daß die staatliche Eigenversorgung als solche schon einen Tatbestand des § 826 BGB oder des § 1 UWG darstellt, weil der Gesetzgeber in § 2 HandwO sogar die Neugründung reiner Regiebetriebe voraussetzt.

Eine andere Frage ist, ob der Fürsorgebehörde eine hoheitliche Amtspflicht auf gleichmäßige Berücksichtigung auch der privaten Krankenanstalten oblag[664]. Dagegen spricht, daß die privaten Krankenanstalten, selbst wenn ihr

---

[661] Freie Wohlfahrtspflege, 1932/33, 534.

[662] Vgl. z. B. Bay.VGH n. F. 5 I 244, 229.

[663] Zutreffend dagegen *Leidel*, a.a.O., S. 56.

[664] Vgl. den inzwischen außer Kraft getretenen § 5 Abs. 4 RFV und nunmehr § 10 BSHG.

Träger ein Verband der freien Wohlfahrtspflege ist, nicht im Rahmen ihrer Fürsorgeaufgaben, sondern auf Grund Vertrags wie jeder private Inhaber einer Krankenanstalt tätig werden.

Der Grundsatz, daß die Grundrechtsnormen des Grundgesetzes die öffentliche Hand auch dort binden, wo sie sich zur Erfüllung einer ihr obliegenden Verwaltungsaufgabe privatrechtlicher Formen bedient, besagt nach BGH in NJW 1962, 196 nicht, daß diese Bindung ohne weiteres auch für sog. fiskalische Hilfsgeschäfte, insbesondere für privatrechtliche Verträge über die Beschaffung von Sachgütern, gilt, die der Verwaltungsträger nicht zur unmittelbaren Erfüllung anderweitiger Aufgaben abschließt. Eine allgemeine Ortskrankenkasse ist daher auf Grund der Verfassung nicht verpflichtet, jedes Privatunternehmen zur Belieferung von Kassenmitgliedern zuzulassen. Dagegen gilt das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB auch für die Träger der Sozialversicherung bei den von ihnen vorgenommenen Bedarfsdeckungsgeschäften[665].

Auf die zahlreichen Zweifelsfragen, die bei der Vergebung öffentlicher Aufträge auftauchen, kann aber im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden.

[665] Hierzu *Kracht*, NJW 1962, 187.

3. Abschnitt: Die Rechtsfolgen von Wettbewerbsverstößen öffentlicher Leistungsträger

Für private Unternehmen, die durch Wettbewerbshandlungen der öffentlichen Hand beeinträchtigt werden, ist entscheidend, ob ihnen Ansprüche auf Abwehr der Beeinträchtigung und auf Ersatz eines ihnen entstandenen Schadens zustehen und wie sie diese Ansprüche im Klagewege durchsetzen können.

Als Abwehrrecht kommt ein Anspruch auf Unterlassung weiterer beeinträchtigender Handlungen und auf Beseitigung eines fortdauernden rechtswidrigen Zustands in Betracht. Bei den Ansprüchen wegen eines entstandenen Schadens ist zu unterscheiden zwischen Schadensersatzansprüchen im engeren Sinne, die grundsätzlich auf Herstellung des Zustandes gehen, wie er ohne das schädigende Ereignis bestehen würde (§ 249 BGB), und Entschädigungsansprüchen, mit denen nur ein billiger Ausgleich erreicht werden kann.

I. Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch

1. Die Zulässigkeit des Rechtswegs

Für bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten ist nach § 13 GVG der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten zulässig. Dagegen gehören öffentlich-rechtliche Streitigkeiten, von gewissen Ausnahmen abgesehen, vor die Verwaltungsgerichte, § 40 VwGO. Für die Unterscheidung von bürgerlich-rechtlichen und öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten kommt es auf das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien an, das Streitgegenstand ist. Die Subjektionstheorie liefert für das Gebiet des Wettbewerbs der öffentlichen Hand ein hinreichend sicheres Unterscheidungsmerkmal. Öffentlich-rechtlich ist ein Verhältnis, wenn der einzelne sich in einem Unterordnungsverhältnis zum Staat befindet, privatrechtlich, wenn sich die Beteiligten gleichberechtigt gegenüberstehen. Wegen Einzelfällen kann auf den 1. Abschnitt von Teil I verwiesen werden.

a) Der Rechtsweg gegen bürgerlich-rechtliche Maßnahmen der öffentlichen Hand

Für die Zulässigkeit des Rechtswegs entscheidet nicht die Rechtsauffassung des Klägers, sondern sein tatsächliches Klagevorbringen. Der ordentliche Rechtsweg ist unzulässig, einmal dann, wenn dieses Vorbringen ergibt, daß schon der mit der Klage geltend gemachte Anspruch dem öffentlichen Recht angehört, weiter aber auch in den Fällen, wo zwar ein privatrechtlicher Anspruch behauptet wird, die Klagebegründung oder das Vorbringen des Beklagten aber zeigen, daß sich der Kläger gegen einen hoheitlichen Eingriff wendet[666].

Bei den Fällen, die den Wettbewerb der öffentlichen Hand betreffen, macht der Kläger häufig bürgerlich-rechtliche Ansprüche geltend, die er auf §§ 1 UWG, 823 ff., 1004 BGB stützt, während der Beklagte sich demgegenüber auf die Ausübung öffentlicher Gewalt beruft. Das RG und der BGH halten in ständiger Rechtsprechung an dem Grundsatz fest, daß vor den ordentlichen Gerichten nicht auf die Vornahme oder Unterlassung einer hoheitlichen Handlung geklagt werden kann[667]. Den ordentlichen Gerichten ist ein Eingriff in die öffentliche Verwaltung verwehrt. Dieses Ergebnis wurde mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung begründet: Es sei den Trägern einer Staatsgewalt versagt, in den Tätigkeitsbereich der anderen einzugreifen. Der Rechtssatz folgt nunmehr unmittelbar aus § 13 GVG und § 40 VwGO.

Der ordentliche Rechtsweg ist daher verschlossen, wenn die Unterlassung einer Handlung begehrt wird, die in Ausübung öffentlicher Gewalt vorgenommen wurde, denn insoweit ist das Rechtsverhältnis zwischen der betreffenden juristischen Person des öffentlichen Rechts und den Privatunternehmen öffentlich-rechtlich. Nun gilt zwar im Grundsatz, daß alle an einer bestimmten Verwaltungsfunktion beteiligten Handlungen einheitlich den Rechtscharakter annehmen, der sich aus dem Gesamtbild der Organisation der jeweiligen Verwaltungstätigkeit ergibt. So nimmt z. B. die Beteiligung der Post am Straßenverkehr beim Ausfahren von Paketen hoheitliche Natur an, weil die Paketbeförderung hoheitlich organisiert ist. Ausnahmen von dem Grundsatz einheitlicher Betrachtung sind aber nicht selten, wenn eine Einzelhandlung, für sich betrachtet, schon eindeutig dem bürgerlichen oder öffentlichen Recht zuzuordnen ist. So können an einem Wettbewerbsvorgang hoheitliche und bürgerlich-rechtliche Handlungen beteiligt sein, z. B. wenn ein gemeindliches Bestattungsamt die öffentlich-rechtlichen Gebühren niedriger festsetzt,

[666] Vgl. z. B. *Baumbach-Lauterbach,* Zivilprozeßordnung, § 13 GVG, Anm. 2 D.
[667] Statt vieler: RGZ 138, 57; 150, 140; BGH in NJW 1956, 711.

für den Fall, daß die Gemeinde auch auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags mit der Durchführung der Bestattung betraut wurde. Je nachdem, ob an einem Wettbewerbsvorgang nur privatrechtliche, sowohl hoheitliche als auch privatrechtliche, oder nur hoheitliche Handlungen beteiligt sind, lassen sich 3 Fallgruppen unterscheiden:

1. Rein privatrechtliche Tatbestände: z.B. Preisunterbietung mit Hilfe öffentlicher Mittel durch ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen,

2. vermischte Tatbestände, bei denen hoheitliche und bürgerlich-rechtliche Handlungen verquickt sind, z. B. der soeben angeführte Fall des Wettbewerbs eines Bestattungsunternehmens,

3. rein hoheitliche Tatbestände: z. B. die Ankündigung eines Gerichtsvollziehers, er veräußere zum halben Ladenpreis.

Die erste Gruppe bietet für den Rechtsweg keine Schwierigkeiten. Da es sich um privatrechtliche Vorgänge handelt, sind die ordentlichen Gerichte zuständig; es liegt eindeutig eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit vor. Die Fälle der Gruppe 2 sind der ordentlichen Gerichtsbarkeit insoweit zugänglich, als die Betätigung privatrechtlichen Charakter aufweist. Hierbei entsteht erst durch ein bewußtes Zusammenwirken privatrechtlicher und hoheitlicher Tätigkeit ein rechtswidriger Vorteil im Wettbewerb. Die der privatrechtlichen Erwerbstätigkeit der öffentlichen Körperschaft zuteil werdende Förderung kommt erst durch eine dem bürgerlich-rechtlichen Betrieb angehörige Handlung zur Geltung. Dann nimmt, wie schon dargelegt, auch diese Handlung an dem sittenwidrigen Gesamtcharakter teil. Die bürgerlichen Bestandteile des Gesamtvorgangs können vor den ordentlichen Gerichten angegriffen werden. So kann in dem vom BGH[668] entschiedenen Fall der Zusammenlegung eines Reisebüros mit einem Paßamt zwar nicht die Verlegung des Paßamts durch Klage vor den ordentlichen Gerichten gefordert werden, denn das bedeutete einen Eingriff in die hoheitliche Organisationsgewalt, wohl aber die des Reisebüros, denn dessen Unterbringung ist Bestandteil der privatrechtlichen Geschäftsführung. Der Erfolg ist aber der gleiche.

In dem das gemeindliche Bestattungsgewerbe betreffenden Fall sind unlautere Fiskalhandlungen, die vor die ordentlichen Gerichte gebracht werden können, nicht nur die Werbung unter Hinweis auf die Gebührenermäßigung, sondern auch der Abschluß mit Interessenten, die durch den Mißbrauch der Gebührenhoheit geworben wurden.

---

[668] GRUR 1956, 227.

Ähnlich unterliegen Maßnahmen zur Durchführung von Sendungen des Werbefunks und Werbefernsehens jedenfalls insoweit der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte, als sie bürgerlich-rechtliche Natur haben. Das ist jedenfalls für den Abschluß von Verträgen mit Werbeinteressenten anzunehmen, auch wenn man die Ausstrahlung der Sendungen für Hoheitsverwaltung hält[669].

Das RG[670] entschied ferner mit Recht, daß die Bezeichnung einer öffentlichen Lebensversicherungsanstalt auch dann wegen Verwechslungsgefahr nach § 16 UWG durch die ordentlichen Gerichte untersagt werden kann, wenn die Benennung auf Gesetz und einer Rechtsverordnung beruht: Die Führung der Bezeichnung wird dadurch keine Hoheitshandlung. In all diesen Fällen wird der ordentliche Rechtsweg also nicht deshalb unzulässig, weil mittelbar auch die Ausübung öffentlicher Gewalt beeinflußt wird.

Bei der 3. Fallgruppe hingegen ist der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen, denn alle Vorgänge, die als unlauter bezeichnet werden müssen, vollziehen sich auf dem Boden des öffentlichen Rechts. Ist der hoheitliche Charakter einer Handlung erwiesen, so ist der Zivilrechtsweg mit dem Ziel eines Unterlassungsbegehrens dem Kläger versagt. Daran kann auch ihr Mißbrauch zu Wettbewerbszwecken nichts ändern.

b) Die Zulässigkeit des Rechtswegs gegen hoheitliche Wettbewerbsmaßnahmen

Bei hoheitlichen Wettbewerbsvorstößen handelt es sich durchwegs im Verhältnis zu den geschädigten Privatunternehmen um Maßnahmen der schlichten Hoheitsverwaltung, die aber unmittelbar oder mittelbar in deren Rechte eingreifen.

Unter der Herrschaft des VGG und der MRVO 165 war es sehr umstritten, ob gegen solche Maßnahmen ein Rechtsweg eröffnet war und ob die Verwaltungsgerichte oder die ordentlichen Gerichte zur Entscheidung befugt seien. Seit dem Inkrafttreten der VwGO zeichnet sich im Schrifttum eine überwiegende Ansicht ab.

Aus Art. 19 Abs. 4 GG muß gefolgert werden, daß für eine Unterlassungsklage gegen Maßnahmen der schlichten Hoheitsverwaltung Rechtsschutz gewährt werden muß. Die Möglichkeit, unter Duldung der Handlung Schadens-

[669] Vgl. *Erckens*, a.a.O., S. 92 und S. 174, ferner RG in JW 1937, 670, LG München in WRP 1957, 109 und OLG München in WRP 1958, 51.

[670] RG in MuW XXIX, 344 (Braunschweigische öffentliche Lebensversicherungsanstalt).

ersatz nach § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG zu verlangen, wenn die Voraussetzungen dieser Vorschriften, insbesondere Verschulden gegeben sind, genügt den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG nicht[671]. Die Bestimmung will dem Bürger Rechtsschutz gegen die Hoheitsmaßnahmen selbst, nicht nur gegen die nachteiligen Folgen auf sein Vermögen gewähren. Art. 19 Abs. 4 GG beschränkt die Garantie des Rechtswegs auch nicht auf die Abwehr rechtswidriger Verwaltungsakte im Sinne von »Regelungen«[672], sondern spricht von der öffentlichen Gewalt schlechthin, so daß auch solche schlichten Hoheitsmaßnahmen einbegriffen werden, durch die jemand in seinen Rechten verletzt sein kann. Hoheitliche Maßnahmen der öffentlichen Gewalt, die zu Zwecken des Wettbewerbs erfolgen und den Grundsätzen des UWG widersprechen, greifen jedenfalls in aller Regel in das Recht am Unternehmen der Betroffenen ein, denn sie sind nicht sozialadäquat. Das Unternehmensrecht ist gegen öffentlich-rechtliche Verletzungen genauso geschützt wie gegen privatrechtliche[673].

Art. 19 Abs. 4 Satz 2 eröffnet den ordentlichen Rechtsweg nur hilfsweise, wenn ein anderer Rechtsweg, namentlich der zu den Verwaltungsgerichten, nicht gegeben ist. Eine derartige Sachlage bejahte das OLG Köln[674] in einem Fall, bei dem die Unterlassung von Maßnahmen der schlichten Hoheitsverwaltung – angeblich unwahrer Behauptungen in der politisch-propagandistischen Druckschrift eines Bundesministeriums – gefordert wurde[675]. Das OLG verneint die Zulässigkeit des Rechtswegs vor den Verwaltungsgerichten, weil weder eine Anfechtungssache noch eine Parteistreitigkeit im Sinn der Verwaltungsgerichtsgesetze der Länder vorliege und hielt daher den Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten für gegeben, die der Natur der Streitigkeit auch sachlich näher stünden.

Der BGH[676] und das BVerwG[677] haben dagegen eine subsidiäre Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit verneint. Die Gerichte begnügen sich mit der Feststellung, daß durch die Generalklausel der Verwaltungsrechtsweg

---

[671] Vgl. BVerwG in Bay.VBl. 1958, 350.

[672] Vgl. den Wortlaut des fr. § 25 MRVO Nr. 165.

[673] Vgl. *Eyermann-Fröhler,* VwGO § 42, Anm. 98.

[674] JZ 1952, 221; vgl. auch *Heidenhain,* NJW 1949, 841; 1952, 604; 1953, 1081 und dazu BGH 4, 77, 83; OLG Köln in JZ 1952, 221; *Bettermann,* DÖV 1955, 528; DVBl. 1949, 348.

[675] *Obermayer,* Verwaltungsakt, S. 73, ordnet die Maßnahme wohl zu Unrecht dem fiskalischen Verwaltungsbereich zu.

[676] BGH 14, 223.

[677] DVBl. 1959, 582.

für die öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten eröffnet sei. Ob eine Sachentscheidung über die Rechtmäßigkeit der Hoheitsmaßnahme tatsächlich herbeigeführt werden könne oder an Zulässigkeitsvoraussetzungen scheitere, sei gleichgültig. Danach bliebe also der Bürger rechtsschutzlos, wenn er nicht vor den Verwaltungsgerichten Recht fände – eine Auffassung, die dem Sinn und Zweck des Art. 19 Abs. 4 GG sicher nicht gerecht wird.

Indes liegt dieser Rechtsprechung das berechtigte Bestreben zugrunde, öffentlich-rechtliche Streitigkeiten auf die Verwaltungsgerichte zu konzentrieren und eine Aufsplitterung zwischen den Gerichtszweigen zu vermeiden. Zu Eingriffen in die Hoheitsverwaltung sollen allein die Verwaltungsgerichte befugt sein. Zwar werden bei Unterlassungsklagen gegen rechtswidrige Ausübung öffentlicher Gewalt häufig auch privatrechtliche Bestimmungen eine Rolle spielen. Es ist insoweit dem OLG Köln[678] Recht zu geben, wenn es eine wesensmäßige Verwandschaft mit privatrechtlichen Klagen bejaht. Indes steht doch der Eingriff in die Verwaltung als Ziel der Klage im Mittelpunkt des Rechtsstreits, also ein Vorgang, der seine Wirkungen im öffentlich-rechtlichen Bereich entfaltet. Es liegt daher näher, die Verwaltungsgerichte für zuständig zu erklären. Die VwGO hat nunmehr diese Entscheidung für die Verwaltungsgerichte eindeutig in ihrem § 40 festgelegt. Auch die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen, von denen eine Sachentscheidung über Unterlassungsklagen abhängt, müssen bejaht werden. Die frühere Rechtsprechung[679], die die Zulässigkeit von Unterlassungsklagen gegen hoheitliche Maßnahmen vor den Verwaltungsgerichten verneint hatte, dürfte jedenfalls für den jetzigen Rechtszustand nicht mehr zutreffen[680].

Die VwGO kennt nicht mehr eine Beschränkung der Verfahrensarten auf Anfechtungsklagen, Feststellungsklagen, Parteistreitigkeiten und Normenkontrollsachen, sondern läßt Leistungsklagen stillschweigend allgemein zu. Aus der Regelung der Verpflichtungsklage ergibt sich, daß vorgängiger Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Hoheitsverwaltung nicht ausgeschlossen

---

[678] a.a.O.

[679] OVG Hamburg in MDR 1952, 186; OVG Münster in DÖV 1956, 411; ZMR 1957, 285; MDR 1957, 572; NJW 1957, 1251.

[680] So auch BGH, GSZ in NJW 1961, 658, 661. Vgl. auch *Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 258; *Walz*, JZ 1952, 221; *Obermayer*, Verwaltungsakt, S. 73; *Stern*, Bay.VBl. 1957, 44, 86, Württ.-Bad. VGH in DRZ 1950, 500; *Klein* DÖV 1952, 285; *Menger*, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 347, 356; Verw.Arch. 48, 173; *Naumann*, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 391, 403; *Rupp*, DVBl. 1958, 113; vgl. auch *Bettermann*, DVBl. 1952, 312; *Schoen*, DÖV 1955, 137; *Backsmann*, DÖV 1956, 269; *Stern*, NJW 1958, 683; *Ule*, DVBl. 1959, 582.

ist. Abgesehen davon zielt die Unterlassungsklage zwar auf die Zukunft ab, in der Regel wird aber bereits ein rechtswidriger Eingriff vorliegen und die Klage sich gegen weitere Beeinträchtigungen richten. Die Bedenken *Gelzers*[681], das Gericht würde durch sein Urteil der Verwaltung vorgreifen und selbst verwalten, schlagen daher nicht durch. Darin, daß der vollziehenden Gewalt die Vornahme einer Handlung für die Zukunft durch gerichtliches Urteil untersagt wird, liegt kein unzulässiger Übergriff der Rechtsprechung in den Bereich der öffentlichen Verwaltung, denn die Wirkung einer einen Verwaltungsakt aufhebenden Entscheidung ist nicht anders: Auch hier darf die Behörde die gleiche Maßnahme, ohne daß sich die tatsächlichen oder rechtlichen Umstände geändert haben, nicht wiederholen. Schließlich ist die Rechtskraftwirkung eines verwaltungsgerichtlichen Unterlassungsurteils keine andere als die eines zivilgerichtlichen Unterlassungsurteils.

Erlangt die vollziehende Gewalt später die Befugnis zur Vornahme einer Handlung, die ihr durch verwaltungsgerichtliches Urteil auf eine Unterlassungsklage hin untersagt worden ist, so steht das Urteil nicht entgegen, weil sich die Rechtskraft nur auf den Zeitpunkt des Urteilerlasses bezieht[682].

Seit dem Inkrafttreten der VwGO erachtet daher die herrschende Lehre[683] eine Unterlassungsklage gegen Maßnahmen der schlichten Hoheitsverwaltung für zulässig. Umstritten ist aber, ob das besondere Verfahren für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen, §§ 68 ff. VwGO, einzuschlagen ist, mit der hauptsächlichen Wirkung, daß ein Vorverfahren stattfinden muß, oder ob es sich um den Unterfall der Leistungsklage handelt.

Eyermann-Fröhler[684] bejahen das Vorliegen einer Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage. Sie neigen dazu, den Begriff des Verwaltungsaktes im Sinne einer »Regelung« auf jede Art von Hoheitshandlungen auszudehnen, da es angesichts des umfassenden Rechtsschutzes vor den Verwaltungsgerichten nicht mehr notwendig sei, an dem engen Begriff des Verwaltungsaktes festzuhalten. Das Anfechtungsverfahren eigne sich seiner Art nach auch am besten für Maßnahmen der schlichten Hoheitsverwaltung. Eine Vorprüfung in einem Vorverfahren sei auch hier am Platz. Alle Streitigkeiten aus einem Über- und Unterordnungsverhältnis seien im Wege der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage auszutragen. Mit der Verpflichtungsklage könne jedes

---

[681] NJW 1959, 1905.

[682] BVerwG in DÖV 1957, 344; 1958, 504; NJW 1963, 172.

[683] *Eyermann-Fröhler*, VwGO § 42, Anm. 14, 15, 17, 23; *Klinger*, VwGO § 42, Anm. A 6; *Koehler*, VwGO §§ 42/43 Vbm. V 3; *Schunck-De Clerck*, VwGO § 42, Anm. 4c; *Ule*, Verwaltungsprozeßrecht, S. 84.

[684] a.a.O., ebenso *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 496/497.

hoheitliche Handeln, also auch die Unterlassung einer Amtshandlung, begehrt werden.

Dagegen fassen *Klinger*[685], *Koehler*[686], *Schunck-De Clerck*[687] und *Ule*[688] die Unterlassungsklage, die sich gegen hoheitliches Handeln richtet, als Unterart der allgemeinen Leistungsklage auf. Dieser Ansicht dürfte der Vorzug zu geben sein, da sie nicht zur Aufgabe des Verwaltungsaktbegriffs als »Regelung« nötigt und auch der Verpflichtungsklage keinen weiteren Umfang als ihrem Gegenstück, der Anfechtungsklage, zuweist. Realakte können auch nicht aufgehoben werden[689]. Eine Beschränkung der Leistungsklagen auf Klagen aus Gleichordnungsverhältnissen ist, anders als bei den früheren Parteistreitigkeiten, nicht mehr angängig. Diese Änderung der Rechtslage hat die VwGO dadurch zum Ausdruck gebracht, daß sie den Begriff der Parteistreitigkeit und seine auf Gleichordnungsverhältnisse abgestellte Definition (§ 85 VVG) nicht übernommen hat. Der Auffassung des BayVGH[690] kann daher nicht zugestimmt werden, wenn er alle Streitigkeiten aus einem Über- und Unterordnungsverhältnis als durch § 42 VwGO abschließend geregelt ansieht und die Zulässigkeit von Verpflichtungsklagen auf Verwaltungsakte im bisherigen Sinn beschränkt. Es kann entgegen der Meinung des Gerichts Art. 19 Abs. 4 GG nicht Genüge geleistet sein, wenn dem Bürger der Rechtsschutz gegen Hoheitsmaßnahmen versagt wird, sofern diese nicht unter den von Wissenschaft und Rechtsprechung entwickelten Begriff des Verwaltungsaktes gebracht werden können. Dagegen hat das BVerwG[691] zutreffend die allgemeine Leistungsklage auch im Über- und Unterordnungsverhältnis für zulässig erklärt.

2. *Die Anspruchsgrundlage für Unterlassungsansprüche*

a) Gegenüber bürgerlich-rechtlichen Wettbewerbshandlungen

Tritt die öffentliche Hand auf der Ebene des bürgerlichen Rechts im Wettbewerb auf, so gewähren die Bestimmungen des UWG unmittelbar einen Anspruch auf Unterlassung unlauterer Wettbewerbshandlungen (z. B. §§ 1,

---

[685] a.a.O.
[686] a.a.O.
[687] a.a.O.
[688] a.a.O.
[689] *Rupp*, DVBl. 1958, 113.
[690] Bay.VBl. 1961, 58.
[691] DÖV 1962, 704; vgl. auch NJW 1960, 1258 und VG Frankfurt in DÖV 1961, 313.

3, 16). Liegt zugleich ein Eingriff in das Recht am Unternehmen vor, so kann die Klage auch in entsprechender Anwendung auf § 1004 BGB gestützt werden[692]. Verschulden ist in keinem Fall erforderlich, es genügt objektive Rechtswidrigkeit[693].

Von großer praktischer Bedeutung ist auch für den Wettbewerb der öffentlichen Hand § 13 Abs. 3 UWG, der einen Unterlassungsanspruch auch gegen den Inhaber des Betriebs begründet, wenn die dort bezeichneten unzulässigen Wettbewerbshandlungen von einem Angestellten oder Beauftragten vorgenommen werden. Die Vorschrift ist auch für die öffentliche Hand anwendbar[694]. Voraussetzung ist jedoch das Vorliegen eines »geschäftlichen Betriebs«. Darunter ist eine Tätigkeit im Wirtschaftsleben von gewisser Dauer zu verstehen, die sich durch Austausch von Leistung und Gegenleistung vollzieht[695]. Das RG hat den Begriff, der auch in § 12 UWG auftritt, zunächst einengend dahin ausgelegt, daß die Erfüllung öffentlicher Pflichten das Vorhandensein eines geschäftlichen Betriebs ausschließe[696]. Später erklärt das RG mit Recht für entscheidend, wie der Betrieb im Wirtschaftsleben tatsächlich auftritt[697]. Dabei ist auch die Art des Entgelts – ob privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich – gleichgültig. Der Begriff des geschäftlichen Betriebs steht nach dem RG nicht im Gegensatz zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, sondern zu privaten, d. h. solchen Betätigungen, die sich außerhalb von Erwerb und Berufsausübung abspielen. Auf Organisation und Zweck des Betriebs kommt es, wie bei dem Begriff des geschäftlichen Verkehrs, auch hier nicht an.

Der Heranziehung des § 13 Abs. 3 UWG bedarf es dann nicht, wenn die unlautere Wettbewerbshandlung durch ein Organ des Unternehmensträgers (Inhabers) vorgenommen wurde. Denn die Handlungen von Organen sind solche des Rechtsträgers, zu dem diese in einem Organverhältnis stehen[698]. Organe sind Vorstand und verfassungsmäßige Vertreter, §§ 30, 31, 89 BGB. Auf die umfangreiche und zum Teil unübersichtliche Rechtsprechung zum

---

[692] *Baumbach-Hefermehl,* a.a.O., Einl. UWG, Anm. 151.

[693] *Baumbach-Hefermehl,* a.a.O., Einl. UWG, Anm. 79, 145 ff., 149 ff.

[694] Vgl. z. B. RG MuW XXXII, 346; »Angestellte« im Sinne der Vorschrift sind auch (Betriebs-)Beamte. Die gegenteilige Auffassung von *Kümmel,* a.a.O., S. 22, wird dem Zweck des Gesetzes nicht gerecht.

[695] *Baumbach-Hefermehl,* a.a.O., Einl. UWG, Anm. 129, 130.

[696] RGSt. 49, 199; weitere Nachw.: *Baumbach-Hefermehl,* a.a.O.

[697] RGSt. 66, 380; BGHSt. 2, 403.

[698] Vgl. *Baumbach-Hefermehl,* a.a.O., § 13 UWG, Anm. 24.

Begriff des verfassungsmäßigen Vertreters kann hier nicht eingegangen werden[699].

b) Gegenüber hoheitlichen Wettbewerbshandlungen

Während der materiellrechtliche Unterlassungsanspruch gegen Wettbewerbshandlungen, die im bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis vorgenommen wurden, im Grundsatz keine Schwierigkeiten bietet, ist die Frage, ob ein sachlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch auch gegen hoheitlich handelnde Behörden besteht, sehr umstritten und noch wenig erörtert.

Es wurde in dieser Arbeit versucht, nachzuweisen, daß juristische Personen des öffentlichen Rechts den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs unterworfen sind, wenn sie wirtschaftliche Güter und Leistungen im Wettbewerb mit Privatunternehmen anbieten, gleichgültig, ob dies im Rahmen privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Organisation erfolgt. Die Maßstäbe des UWG sind also auch an hoheitliche Handlungen anzulegen, sofern sie objektiv und subjektiv im geschäftlichen Verkehr und zu Zwecken des Wettbewerbs vorgenommen werden. Ein Verstoß gegen die Grundsätze des Wettbewerbs macht auch sie rechtswidrig.

Mit der Erkenntnis, daß eine bestimmte Hoheitsmaßnahme rechtswidrig sei, ist aber dem privaten Mitbewerber, der durch sie beeinträchtigt wird, noch nicht geholfen. Es müssen ihm Ansprüche zur Seite stehen, mit denen er sich gegen Eingriffe in seinen Rechtsbereich zur Wehr setzen kann. Dem geschädigten Unternehmer können nach § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG Schadensersatzansprüche, unter Umständen auch Entschädigungsansprüche, aus dem Gesichtspunkt des enteignungsgleichen Eingriffs zustehen. Aber der Grundsatz »Dulde und liquidiere« vermag gerade im Wettbewerbsrecht den Bedürfnissen nach einem wirksamen Rechtsschutz nicht zu genügen. Der Grund hierfür liegt in der Schwierigkeit, die Verursachung eines Schadens und dessen Höhe nachzuweisen. Das erfordert eine Prognose, wie sich das Unternehmen ohne die schädigende Handlung entwickelt haben würde. Eine solche Feststellung kann schon wegen der vielen Einzelumstände, von denen sie abhängt, nur schwer getroffen werden[700]. Der Untergang eines Unternehmens, dessen Aufbau die Lebensarbeit seines Inhabers darstellte, kann auch kaum in Geld entschädigt werden. Nicht selten tritt durch einen Wettbewerbsverstoß noch gar keine merkliche Schädigung eines Mitbewerbers ein, sondern es liegt erst eine Gefährdung seines Geschäftsbetriebs vor,

[699] Vgl. BGB – RGR § 89, Anm. 8.

[700] Vgl. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Einl. UWG, Anm. 212.

die sich aber beim Hinzutreten ungünstiger wirtschaftlicher Verhältnisse nachteilig auswirkt.

Das Schwergewicht im Wettbewerbsrecht liegt daher auf dem Unterlassungsanspruch als typischer Rechtsfolge von Zuwiderhandlungen[701]. Er kann auch gegen Hoheitsträger nicht entbehrt werden, soll nicht der Rechtsschutz des privaten Mitbewerbers nur ein sehr unvollkommener sein.

Der näheren Erörterung eines solchen Unterlassungsanspruchs ist vorauszuschicken, daß es sich um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch handeln muß. Die bürgerlich-rechtlichen Unterlassungsansprüche aus § 1 UWG und die vorbeugende Unterlassungsklage des Zivilrechts nach § 1004 BGB können nicht unmittelbar herangezogen werden, da ein öffentlich-rechtliches Subordinationsverhältnis vorliegt. Die für Privatrechtsverhältnisse bestimmten Ansprüche finden keine Anwendung auf das öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen hoheitliche handelnder Verwaltung und dem Bürger[702].

Unmittelbar aus dem öffentlichen Recht leiten *Naumann*[703], *Rupp*[704] und *Ringe*[705] einen Unterlassungsanspruch her. Sie erschließen den Anspruch aus dem Recht auf Freiheit von ungesetzlichen Verwaltungsmaßnahmen, das *Ringe* aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 GG herleitet. Die konkrete Gefährdung eines Rechts oder Rechtsguts sei gleichbedeutend mit einem Rechtseingriff, da die Gefährdung den bloßen Status negativus zum subjektiven Recht erhebe. Die notwendige Beschränkung des Unterlassungsanspruchs auf Maßnahme der schlichten Hoheitsverwaltung ergebe sich daraus, daß gegenüber Verwaltungsakten angesichts der Anfechtungsklage als besonderem Rechtsschutz kein Bedürfnis für einen Unterlassungsanspruch bestehe.

Ein derartiger verfassungsrechtlicher Unterlassungsanspruch unterliegt jedenfalls insoweit keinen durchgreifenden Bedenken, als er sich gegen Grundrechtsverstöße richtet. Rechtswidrige Wettbewerbshandlungen auf hoheitlicher Ebene greifen aber in das Grundrecht des Art. 2 GG, also die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung, und unter Umständen auch in das Recht am Unternehmen ein, das in Art. 14 GG geschützt wird. Dann würde also jedenfalls eine Verfassungsbeschwerde durchgreifen (§§ 90 ff. BVGG). Die

---

[701] *Tetzner*, a.a.O., Vorbem., Anm. 21, bezeichnet ihn als wettbewerbsrechtlichen Fundamentalanspruch.

[702] RGZ 118, 226 (bezüglich § 826 BGB); 87, 119.

[703] Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 391, 403.

[704] DVBl. 1958, 113.

[705] DVBl. 1958, 378.

Unterlassungsklage bedeutet im wesentlichen nur eine Vorverlagerung des Rechtsschutzes auf die Verwaltungsgerichte.

Die Geltung des allgemeinen, insbesondere in § 1004 BGB und § 1 UWG zum Ausdruck kommenden Rechtsgrundsatzes, daß derjenige, der durch die rechtswidrige Handlung eines anderen in seinen Rechten verletzt ist, auf Unterlassung und Beseitigung der Störung Anspruch hat, muß auch für das öffentliche Recht bejaht werden[706].

Sollte man gegen einen solchen allgemeinen Unterlassungsanspruch im öffentlichen Recht Bedenken tragen, so muß jedenfalls eine analoge Anwendung der im UWG und in § 1004 BGB enthaltenen Unterlassungsansprüche bejaht werden. Die Erweiterung des Anwendungsbereichs entspricht der Tendenz zu fortschreitender Verbesserung des Rechtsschutzes durch Unterlassungsklagen, die die Rechtsentwicklung auf dem bürgerlich-rechtlichen Gebiet kennzeichnet. Es sei hier nur an die reichsgerichtliche Rechtsprechung erinnert, die von der negatorischen über die deliktische zur Bejahung einer quasinegatorischen Unterlassungsklage fortgeschritten ist[707].

Auch der BGH[708] neigt dazu, einen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch als Unterart des öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruchs anzuerkennen.

Zumindest muß die Zulässigkeit einer analogen Anwendung der einen Unterlassungsanspruch gewährenden zivilrechtlichen Normen im öffentlichen Recht bejaht werden. Eine analoge Anwendung privatrechtlicher Vorschriften im öffentlichen Recht wird heute fast allgemein für grundsätzlich zulässig erachtet[709]. Da das öffentliche Recht noch nicht in der gleichen Weise durchgebildet ist wie das Privatrecht, müssen nicht selten bürgerlich-rechtliche Rechtssätze Lücken ausfüllen, die das öffentliche Recht nicht schließen kann. So hat das RG[710] auch im Rahmen öffentlich-rechtlicher Leistungsverhältnisse die §§ 276, 278 BGB entsprechend angewendet, was sich schon daraus rechtfertigt, daß solche Leistungsverhältnisse genausogut privatrechtlich gestaltet sein könnten. Die gleichen Überlegungen, die dazu führten, im Verhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungsempfänger bürgerlich-rechtlich Haftungsvorschriften entsprechend anzuwenden, rechtfertigen die analoge An-

---

[706] *Bettermann,* DÖV 1955, 534; *Bender,* JuS 1962, 178, 184.

[707] Vgl. dazu *Enneccerus-Lehmann,* Recht der Schuldverhältnisse, S. 1009.

[708] NJW 1961, 658.

[709] *Forsthoff,* Verwaltungsrecht, S. 357 m. Nachw.; vgl. *Masson,* Bay.VBl. 1959, 92; *Zacher,* Bay.VBl. 1959, 120.

[710] Nachweise bei *Palandt-Danckelmann,* BGB § 278, Anm. 5.

wendung der bürgerlich-rechtlichen Unterlassungsansprüche im Verhältnis zwischen dem Leistungsträger und seinen privaten Mitbewerbern. Auch hier wäre sonst eine Lücke im Rechtsschutz vorhanden, die das öffentliche Recht, sieht man von der soeben angeführten Herleitung eines Anspruchs aus Art. 2 GG ab, nicht schließen könnte.

Genauso wie es für das Schutzbedürfnis des Bürgers gleichgültig ist, ob eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung im Rahmen eines bürgerlich-rechtlichen oder hoheitlichen Leistungsverhältnisses vorgenommen wurde, kann auch für beeinträchtigte Privatunternehmen die Abwehrmöglichkeit nicht von der Art und Weise abhängen, wie die Erfüllung der öffentlichen Leistungsaufgabe organisiert ist. Wird die öffentliche Aufgabe durch konkurrierende Beteiligung am Wirtschaftsleben erfüllt, so ist auch hier eine Gleichstellung der öffentlichen Hand mit anderen Wirtschaftsträgern geboten. Durch die Zubilligung von Unterlassungsansprüchen gegen hoheitlich handelnde Behörden wird die Verwaltung in ihrer Tätigkeit nicht unbillig beschränkt. Ihr wird nur geboten, rechtswidrige Handlungen zu unterlassen, ein Bedürfnis, ihre Ziele auch durch rechtswidrige Mittel zu verfolgen, kann aber nicht anerkannt werden.

Das RG[711] ist bei der analogen Anwendung der §§ 276, 278 BGB noch einen Schritt weitergegangen: Es hat die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften nicht nur zur Ergänzung des materiellen öffentlichen Rechts herangezogen, sondern darüber hinaus auch den ordentlichen Rechtsweg für Schadensersatzansprüche für zulässig erklärt[712]. Diese Rechtsprechung hatte den großen Vorzug, sachlich Zusammengehöriges nicht auseinanderzureißen[713]. Das würde für unseren Fall bedeuten, daß das UWG sowohl unmittelbar wie entsprechend nur die ordentlichen Gerichte anzuwenden hätten. Nach dem klaren Wortlaut des § 40 VwGO, der die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs kraft Tradition beseitigt hat, müssen aber über Unterlassungsklagen gegen Wettbewerbsverstöße der öffentlichen Gewalt, wie schon dargelegt, die Verwaltungsgerichte entscheiden[714].

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, daß Privatunternehmen in gleicher Weise die Unterlassung – und auch die Beseitigung eines bestehenden rechtswidrigen Zustands – wie gegenüber fiskalischer auch gegenüber

---

[711] z. B. RGZ 65, 117.

[712] Dagegen *Lassaly*, Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht 59, 153, aber mit unzutreffendem Beispiel.

[713] *Gieseke*, Festschrift für Boehmer, S. 124, 131.

[714] Die Frage, ob nicht § 17 Abs. 3 n. F. GVG erneut den Zivilrechtsweg eröffnet, ist nicht unbestritten, vgl. *Rupp*, NJW 1961, 810 mit Nachweisen.

hoheitlicher Wirtschaftstätigkeit verlangen können, jedoch die Verschiedenheit der Rechtswege beachten müssen.

II. Entschädigungsansprüche

1. Schadensersatzansprüche

a) Rechtsverletzungen im bürgerlichen Geschäftskreis

Der Schadensersatzanspruch, der entsteht, wenn die öffentliche Hand in ihrem bürgerlich-rechtlichen Tätigkeitsbereich eine unlautere Wettbewerbshandlung vornimmt, durch die ein Mitbewerber geschädigt wird, bietet keine Besonderheiten. Er ergibt sich unmittelbar aus den Bestimmungen des UWG, namentlich aus dessen § 1. Der Anspruch setzt objektiv ein sitten- und rechtswidriges Verhalten voraus, subjektiv ist Verschulden, also Vorsatz oder Fahrlässigkeit erforderlich. Verschulden ist als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 1 UWG anzusehen, denn unser Recht kennt grundsätzlich nur einen Schadensersatzanspruch bei schuldhaftem Verhalten[715]. Der Auffassung von *v. Godin—Hoth*[716], die die Haftung nach § 1 UWG als Unterart der Gefährdungshaftung ansehen und deshalb von dem Erfordernis des Verschuldens absehen, kann nicht gefolgt werden. Das Sichbegeben in den geschäftlichen Verkehr ist noch kein an sich gefährliches Verhalten, das die nahe Möglichkeit einer Verletzung eines Mitbewerbers mit sich brächte. Die Fälle der Gefährdungshaftung setzen das Moment besonderer Gefahren, die nicht völlige Beherrschbarkeit eines Vorgangs, voraus. Diese Voraussetzung fehlt aber bei Handlungen im geschäftlichen Verkehr. Die bloße rechtliche Unsicherheit, ob eine Handlung schon unlauter oder gerade noch zulässig ist, steht ihr nicht gleich.

Eine Zweifelsfrage ergibt sich, wenn ein Beamter (im staatsrechtlichen Sinn) einen Wettbewerbsverstoß begeht. Es fragt sich, ob auch hier, wie im hoheitlichen Bereich, § 839 BGB eine Sondervorschrift gegenüber § 1 UWG ist. Das RG[717] und ihm folgend der BGH[718] verneinen das. Die Frage wird ihre Erledigung finden, wenn, wie geplant[719], der privatrechtliche Anwen-

---

[715] *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Einl. UWG, Anm. 80.

[716] a.a.O., § 1 UWG, Anm. 4 und 38.

[717] RGZ 139, 149, 153; 158, 83, 94.

[718] BGHZ 16, 111.

[719] *Enneccerus-Nipperdey*, Allg. Teil d. Bürgerl. Rechts, § 119, Fußnote 84.

dungsbereich des § 839 BGB durch eine Änderung der Vorschrift in Wegfall kommt.

b) Rechtsverletzungen auf hoheitlichem Gebiet

Schadensersatzansprüche wegen Rechtsverletzungen durch eine hoheitliche Handlung sind in § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG abschließend geregelt[720]. Für die Klage ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Zum Tatbestand des § 839 BGB gehört die Verletzung der Amtspflicht. Diese muß dem Handelnden, der nicht Beamter im staatsrechtlichen Sinn sein muß, einem Dritten gegenüber obliegen. Jedem mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteten Beamten obliegt eine amtliche Fürsorgepflicht, jedem Dritten gegenüber dahin, daß er die Machtmittel, die ihm übertragen sind, streng in den Schranken der Amtsausübung gebraucht und daß dabei nicht in den Bereich eines Unbeteiligten eingegriffen wird[721]. Der Beamte hat sich insbesondere jeglichen Mißbrauchs der Amtsgewalt zu enthalten[722]. Verwirklicht er daher bei seiner Amtsführung den Tatbestand einer unerlaubten Handlung im Sinne des Zivilrechts, so verletzt er dadurch gleichzeitig die ihm dem geschädigten Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht[723]. Das gilt auch für Verstöße gegen die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs, wie sie für die öffentliche Hand als maßgeblich aufgewiesen wurden.

Die Vorschriften des UWG gehen dabei in § 839 BGB auf und bestehen nicht nebenher. Nur bei echter Gefährdungshaftung sind Ansprüche aus den Gefährdungstatbeständen neben § 839 BGB gegeben[724]. Die Schadensersatzansprüche des UWG beruhen aber nicht auf einer Gefährdungshaftung, sondern gehören, wie schon erwähnt, zu den Vorschriften der Verschuldenshaftung, entsprechen also den §§ 823, 826 BGB.

Weitere Voraussetzung des Anspruchs ist Rechtswidrigkeit, die auf Grund besonderer Befugnisse im Rahmen pflichtgemäßer Ermessensausübung ausgeschlossen sein kann, und Verschulden. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so gehört zur Klagebegründung, daß der Verletzte anderweitig Ersatz nicht erlangen kann, § 839 Abs. 1 Ziff. 2 BGB. Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff schließen den Amtshaftungsanspruch aber nicht aus[725].

---

[720] RGZ 105, 100; 164, 5.
[721] RGZ 139, 149; JW 1936, 2396.
[722] RGZ 156, 237.
[723] BGHZ 16, 111; st. Rspr.
[724] RGZ 145, 181.
[725] BGHZ 13, 88.

2. Entschädigungsansprüche im engeren Sinne

a) gegen die öffentliche Hand als Hoheitsträger

aa) wegen rechtmäßiger Eingriffe

Den öffentlichen Leistungsträgern muß die Befugnis zugebilligt werden, im Interesse einer vordringlichen öffentlichen Versorgungsaufgabe sich von den besonderen Bindungen, denen die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im allgemeinen unterliegt, zu befreien. Dabei können bestimmte Privatunternehmen, die Mitbewerber des Leistungsträgers sind, Schaden erleiden. Es stellt sich dabei die Frage, ob diese Unternehmen unter dem Gesichtspunkt der Aufopferung Entschädigung ihrer Verluste verlangen können. Dabei soll von der Streitfrage, ob dem Begriff »Aufopferung« auf vermögensrechtlichem Gebiet noch eine selbständige rechtliche Bedeutung beizumessen ist[726] oder ob er in dem Begriff des enteignungsgleichen Eingriffs aufgeht[727], abgesehen werden.

Voraussetzung eines Anspruchs ist die Auferlegung eines besonderen, anderen in der gleichen Lage nicht zugemuteten Opfers, also ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz[728]. Zumutbare Einbußen müssen dagegen als soziale Eigentumsschranken entschädigungslos hingenommen werden. Hierbei kommt die Sonderopfertheorie des BGH nicht ohne das Korrektiv der Zumutbarkeitslehre[729] aus, denn auch nach der Auffassung des BGH besteht eine gewisse Opfergrenze, die überschritten sein muß, bevor man bei wirtschaftlich vernünftiger Betrachtung die Folge einer behördlichen Maßnahme als Sonderopfer, nämlich als fühlbare Beeinträchtigung von Vermögenswerten bezeichnen kann[730]. So werden es Privatbetriebe entschädigungslos hinnehmen müssen, daß die öffentliche Hand Versorgungsleistungen an Bedürftige unter Selbstkostenpreis erbringt, weil diese ohnehin als Kunden der Privatunternehmen nicht in Frage kämen. Dagegen kann ein Sonderopfer vorliegen, wenn durch die Maßnahme eines öffentlichen Leistungsträgers der Absatz eines privaten Unternehmens wesentlich geschmälert wird, weil dessen Erzeugnisse infolge des Wettbewerbs der öffentlichen Hand nicht mehr bei den Abnehmern untergebracht werden können oder gar eine Existenzgefährdung eines Privatunternehmens eintritt. Dann greift der Staat in das Recht am

---

[726] Vgl. dazu *v. Turegg*, Verwaltungsrecht, S. 170.

[727] BGHZ 6, 270.

[728] BGH in st. Rspr. seit BGHZ 6, 280.

[729] *Hamann*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 150, 156.

[730] BGH in Verw.Rspr. 13, 64.

Unternehmen ein, das als »Eigentum« im Sinne des Enteignungs- und Aufopferungsrechts anerkannt ist[731]. Nur solange der Wettbewerb der öffentlichen Hand mit der Privatwirtschaft auf dem Leistungsgrundsatz beruht, liegt ein unmittelbarer Eingriff in das Recht am Unternehmen nicht vor. Dagegen wird das Recht am Unternehmen beeinträchtigt, wenn die Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen nicht gewahrt wird, auch wenn sie auf Grund von Interessenabwägung nicht eingehalten zu werden braucht. Eine Verletzung des Gleichheitssatzes ist anzunehmen, wenn einem oder einzelnen Unternehmen ein nicht unerheblicher Schaden daraus erwächst, daß ihr Kundenkreis zufällig mit dem Kreis der Leistungsempfänger der öffentlichen Hand übereinstimmt. Den betroffenen Unternehmern wird auch die Einbuße gerade im Interesse der Allgemeinheit auferlegt[732]. Grundsätzlich genügt ein rein tatsächliches Verhalten für einen enteignungsgleichen Eingriff.

Fraglich kann aber sein, ob ein »Eingriff« nur dann anzunehmen ist, wenn die hoheitliche Handlung in den Rechtsgüterkreis des Betroffenen eingreifen soll, also gezielt ist, oder ob auch eine Beeinträchtigung, deren Folgen der Hoheitsträger nicht gewollt und vorausgesehen hat, unter diesen Begriff fällt. Das Problem ist von Erheblichkeit, weil gerade bei Beeinträchtigungen privater Unternehmen durch die öffentliche Leistungstätigkeit das Vorliegen gezielter und gewollter Eingriffe zweifelhaft sein kann. Die Rechtsprechung des BGH ist nicht eindeutig. In BGHZ 12, 57 wird im Anschluß an *Forsthoff*[733] der Satz aufgestellt »Eingriff ist nur, was eingreifen soll, nicht was zufällig geschieht[734]. Dagegen hat der BGH wiederholt auch schon Ersatzansprüche gewährt, wo kein Eingriff in diesem Sinne vorlag[735]. Da schon das RG solche Fälle als Aufopferungen betrachtete, käme die Beschränkung auf einen gezielten Eingriff einer Verminderung des Rechtsschutzes gleich, die nicht gerechtfertigt wäre[736]; denn eine Behandlung der Fälle unter dem

---

[731] BVG in NJW 1953, 1057; BVerwG in NJW 1956, 438; BGH in NJW 1957, 630; LM, Art. 14 GG, Nr. 76.

[732] Wegen der verwandten Problematik, wenn durch Einführung von Anschluß- und Benutzungszwang für eine gemeindliche Einrichtung ein Privatunternehmen seine Kunden verliert. Vgl. *Köttgen*, Gemeindliche Daseinsvorsorge, S. 53. Bedenklich BGH in BB 1964, 285.

[733] Verwaltungsrecht, S. 304.

[734] Ähnlich BGHZ 23, 240.

[735] z. B. BGHZ 23, 157; weitere Nachweise bei *Schack*, JZ 1960, 625; vgl. auch *Lerche*, JuS 1961, 237; *Weimar*, JuS 1962, 133; DÖV 1963, 607.

[736] *Schack*, a.a.O.

Gesichtspunkt der öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung[737] könnte nur in Ausnahmefällen erfolgen. Das Erfordernis eines gezielten Eingriffs fügte ferner ein subjektives Moment in den Enteignungsbegriff ein, das ihm wesensfremd ist; nur die objektive Eigentumslage kann entscheidend sein[738].

Zumindest muß ein Eingriff im Sinne von *Hubmann*[739] schon dann bejaht werden, wenn eigene – hier öffentliche – Interessen unter bewußter oder wenigstens in Kauf genommener Verletzung fremder verfolgt werden, die Verletzung naturnotwendig mit dem Betrieb des öffentlichen Unternehmens verbunden und daher ebenso gewollt ist wie er selbst.

Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff bzw. Aufopferung auf Entschädigung von Einbußen, die bei Privatunternehmen durch eine an sich wettbewerbswidrige, doch ausnahmsweise gerechtfertigte Maßnahme entstehen, sind daher grundsätzlich zu bejahen[740]. Die Ansprüche werden nicht etwa dadurch ausgeschlossen, daß jeder Privatunternehmer schon bei Beginn einer im öffentlichen Interesse liegenden Tätigkeit damit rechnen müßte, der Staat könne die Leistung in eigene Regie übernehmen und daß er deshalb diese Gefahr in Kauf nehmen müsse. Das würde im Ergebnis dazu führen, daß sich die Privatwirtschaft zum Nachteil des Gemeinwohls aus diesen Bereichen zurückzöge.

bb) wegen nichtrechtmäßiger Eingriffe

Entschädigungsansprüche sind erst recht gegeben, wenn durch die öffentliche Leistungstätigkeit von Privatunternehmen ein Opfer für die Allgemeinheit erzwungen wird, das rechtmäßig nicht gefordert werden kann[741]. Hierher gehören die Fälle, wo eine Leistungstätigkeit durch den Einsatz der öffentlich-rechtlichen Stellung des Leistungsträgers zur Existenzvernichtung eines Privatunternehmens führt, die nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht gerechtfertigt sein kann.

---

[737] *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 315.

[738] *Hamann*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 150; OLG Celle in DVBl. 1960, 939 mit weit. Nachw.; *Pagendarm*, LM Nr. 10 zu VerwR Allg. T. (allg. Enteigungsrecht); *Kleinhoff* DRiZ 1958, 167.

[739] JZ 1958, 489, 492.

[740] Die Rechtslage ist derjenigen vergleichbar, die entsteht, wenn Unternehmen durch staatliche Subventionsmaßnahmen geschädigt werden, z. B. wenn durch die Subventionen die Verkaufspreise der subventionierten Unternehmen verbilligt werden und deshalb die Kunden der nichtsubventionierten Unternehmen zu den anderen abwandern. Vgl. hierzu *Hamann*, BB 1962, 504.

[741] BGHZ 6, 270, 290.

Dagegen ist wohl kein Raum für eine allgemeine Haftung des Staates für rechtswidrige schuldlose Wettbewerbsverstöße der öffentlichen Gewalt. Der Aufopferungsgedanke setzt einen Eingriff im öffentlichen Interesse voraus, das Fiskalinteresse der eingreifenden Behörde genügt nicht[742]. Daher wird z. B. Ersatz nur nach § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG verlangt werden können, wenn etwa die Post bei ihrer Personenbeförderung oder ein Gerichtsvollzieher sich vergleichender Werbung schuldig macht, um ihren Umsatz zu erhöhen oder zu erleichtern.

b) Entschädigungsansprüche wegen Maßnahmen von Leistungsträgern im bürgerlich-rechtlichen Geschäftsbereich

Können öffentliche Leistungsträger, die ihre Aufgaben durch privatrechtliche Betätigung erfüllen, auf Grund eines überwiegenden öffentlichen Interesses sich von den Bindungen lösen, die der öffentlichen Hand bei ihrer erwerbswirtschaftlichen Betätigung auferlegt sind, so stellt sich auch hier die Frage, ob Privatunternehmen, die durch die nicht wettbewerbskonforme Leistungstätigkeit beeinträchtigt werden, eine Entschädigung fordern können. Nicht anders als bei Hoheitstätigkeit müssen private Interessen öffentlichen aufgeopfert werden, wobei einzelne Unternehmen eine anderen in gleicher Lage nicht zugemutete Einbuße erleiden.

Auch hier kommt ein Aufopferungsanspruch in Betracht. Der Grundsatz, daß eine Entschädigung zu zahlen ist, wenn zugunsten eines überwiegenden Interesses ein geringeres aufgeopfert werden darf, gilt nicht nur im öffentlichen, sondern auch im Privatrecht[743] und hat z. B. in den Vorschriften der §§ 904, 962 BGB, § 26 GewO, §§ 74, 75 Einl. pr. ALR Ausdruck gefunden. Der Entschädigungsanspruch bietet den Ausgleich dafür, daß die Maßnahme der öffentlichen Leistungsträger geduldet werden muß. Im übrigen gelten die gleichen Voraussetzungen wie für den öffentlich-rechtlichen Aufopferungsanspruch. Entschädigung kann nicht verlangt werden, wo kein echtes Sonderopfer auferlegt wird, sondern die Beeinträchtigung wegen ihrer geringen Schwere und Tragweite auf Grund der Sozialpflichtigkeit des Eigentums hingenommen werden muß. So wird z. B. durch den Betrieb einer Jugendherberge unter Einsatz öffentlicher Mittel das private Gasthausgewerbe kaum beeinträchtigt, weil die Jugendlichen im allgemeinen nicht als dessen Gäste in Betracht kommen. Diese Fälle sind wohl in der Überzahl. Etwas anderes

[742] BGH in NJW 1959, 1085; 1959, 127.

[743] *Hubmann*, JZ 1958, 489; vgl. auch *Schack*, JuS 1963, 263.

gilt dagegen dort, wo die Unterbietung zu schwerwiegenden Verlusten führt, die darauf zurückzuführen sind, daß ein öffentlicher Leistungsträger von den gleichen Wettbewerbsbedingungen mit der Privatwirtschaft im öffentlichen Interesse abweichen darf; dann muß die Einbuße durch eine billige Entschädigung ausgeglichen werden.